

**Die aktienrechtlichen Einschläge
in der
Gesellschaft mit beschränkter Haftung**

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctoris rerum politicarum
der Hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

Vorgelegt von

FRIEDRICH RAMMELMEYER

lic. rer. pol.

von Guttannen (Bern)



VERLAG PAUL HAUPT BERN 1950

**Die aktienrechtlichen Einschläge
in der
Gesellschaft mit beschränkter Haftung**

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines Doctoris rerum politicarum
der Hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

Vorgelegt von

FRIEDRICH RAMMELMEYER

lic. rer. pol.

von Guttannen (Bern)



VERLAG PAUL HAUPT BERN 1950

Die Fakultät hat diese Arbeit am 20. November 1947 auf Antrag von Prof Dr. Hans Fehr als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Der Dekan:

Prof. Dr. Hans Huber



Die vorliegende Arbeit erscheint gleichzeitig als Heft 57
der „Berner rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Abhandlungen“
im Verlag von Paul Haupt in Bern

Alle Rechte vorbehalten
Copyright 1950 by Paul Haupt Berne
Printed in Switzerland
Buchdruckerei Wehrlin & Cie. Bern

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	Seite 5
Einleitung	
Die wirtschaftliche Bedeutung der GmbH.	9
Der aktienrechtliche Einfluss in der GmbH.	
I. <i>Der aktienrechtliche Einfluss auf die Rechtsfähigkeit</i>	13
1. Entstehung und Untergang der Körperschaft	13
a) Entstehung der Körperschaft	13
aa) Willensakt der Gründer	16
bb) Öffentliche Urkunde	18
cc) Registerzwang	21
b) Untergang der Körperschaft	24
aa) Auflösung mit Willen der Gesellschafter	25
bb) Auflösung ohne, bzw. gegen den Willen der Gesellschafter	26
cc) Liquidation	28
c) Die Einmann-GmbH.	33
2. Die Statuten	35
a) Gesetzlich vorgeschriebener Inhalt	36
b) Fakultative Statutenbestimmungen	38
c) Änderungen	40
II. <i>Der aktienrechtliche Einfluss auf die Willensbildung</i>	41
1. Die Gesellschafterversammlung und ihre Abarten	42
2. Die Befugnisse der Gesellschafterversammlung	45
III. <i>Der aktienrechtliche Einfluss auf die Willensverwirklichung</i>	50
Die Geschäftsführung	50
a) Aufgabenkreis des Innenverhältnisses	53
b) Aufgabenkreis des Aussenverhältnisses	57
IV. <i>Der aktienrechtliche Einfluss auf den Gesellschafterschutz</i>	62
1. Das Stimmrecht	64
2. Das Anfechtungsrecht	65
3. Das Kontrollrecht	70
V. <i>Der aktienrechtliche Einfluss auf den Gläubigerschutz</i>	76
1. Stammkapital und Stammanteile	76
a) Wesen und Funktionen des Stammkapitals	77
b) Wesen und Funktionen der Stammanteile	84

	Seite
2. Haftung	87
a) Wesen der Haftung	89
b) Arten und Umfang der Haftung	90
VI. <i>Der aktienrechtliche Einfluss auf die Vermögensrechte</i>	95
1. Das Recht auf Gewinnanteil	95
2. Das Recht auf Liquidationsanteil	98
3. Die Bauzinse	101
4. Das Bezugsrecht	102

Schlussbetrachtungen

Die GmbH. als Mischtypus zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft	104
---	-----

LITERATURVERZEICHNIS

- Baumbach*: Kommentar zum (deutschen) Aktiengesetz 1937.
- Becker H.*: Kommentar zum schweiz. ZGB., begründet von Prof. Dr. H. Gmür, Obligationenrecht, Bd. VII, 3. Abt. Die GmbH., erläutert von Dr. A. Janggen und Dr. H. Becker, Bern 1939.
- Bergmann*: Die Sacheinlagen bei der GmbH., Diss. Köln 1932.
- Brodmann*: Kommentar zum Gesetz betreffend die GmbH., 2. Auflage, Berlin 1930.
- Canner R.*: Die Abtretung des Gesellschaftsanteils bei der GmbH. Rechtsvergleichende Darstellung, Diss. Zürich 1929.
- Cosack*: Lehrbuch des Handelsrechtes, 7. Auflage, 1910.
- Edelmann Arnold*: Der unberechtigte Empfang von Zinsen und Gewinnanteilen bei der AG. und bei der GmbH., Diss. Freiburg 1941.
- Egger Aug.*: Die GmbH. nach dem rev. schweiz. Obligationenrecht. Sep. Abdruck aus der S. J. Z., 34. Jahrgang, Hefte 13 und 14.
- Ensslin R.*: Das Recht auf Anfechtung gesetz- oder statutenwidriger Generalversammlungsbeschlüsse der AG., Diss. Zürich 1930.
- Fanconi Arturo*: Die Haftung des Mitgliedes einer GmbH. nach schweiz. und deutschem Recht, Diss. Bern 1939.
- Fehr Werner*: Die Einmann-Gesellschaft, Diss. Bern 1931.
- Feine*: Die GmbH., Sonderabdruck aus Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 3, III. Abt. 1929.
- Fischer*: Das Aktienrecht, Sonderabdruck aus Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Leipzig 1916.
- Gamma Rudolf*: Die persönlichen Mitgliedschaftsrechte in der GmbH., Diss. Bern 1944.
- Gegenbauer Peter*: Die Differenzen zwischen dem Grundkapital der AG. und dem Stammkapital der GmbH., Diss. Bern 1932.
- Geiser Hans Rud.*: Die Haftung eines Gesellschafters der GmbH. bei Nichterfüllung seines Sacheinlageversprechens, Diss. Bern 1944.
- Goeldlin de Tiefenau*: L'introduction de la société à responsabilité limitée en Suisse, Diss. Lausanne 1928.
- Goldschmidt Robert*: Grundfragen des neuen schweiz. Aktienrechts. In Veröffentlichungen der Handelshochschule St. Gallen 1937, Heft 12.
- Graner P.*: Die Revision, Überwachung und Kontrolle nach revid. OR. und Bankengesetz, Zürich 1938.
- Guhl Theo*: Das schweiz. Obligationenrecht, II. Halbband, 2. Auflage, 1937.
- Guhl Theo*: Das Recht der GmbH. in der Schweiz nach dem Bundesgesetz über die Revision der Titel XXIV—XXXIII des Obligationenrechts vom 18. Dezember 1936, Zürich 1937.
- Hachenburg*: Kommentar zum Gesetz betreffend die GmbH., 5. Auflage, 2 Bände, Berlin 1926/27.

- Hauser Fridolin*: Der Mantel bei der AG. und der GmbH., Diss. Freiburg 1939.
- Hefti Fritz*: Die Umwandlung einer AG. in eine GmbH., Diss. Zürich 1938.
- Henggeler J. und E.*: Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten im Bankengesetz und im neuen Aktiengesetz, Zürich 1937.
- Hery Robert*: Die Auflösungsklage aus mangelhafter Gründung der AG., Diss. Freiburg 1928.
- Hoffmann*: Apportgründung der AG., Bern 1925.
- Huber E.*: Schweiz. Privatrecht, I. Bd., Basel 1886.
- Huber Karl*: Die qualifizierte Gründung der GmbH., Diss. Bern 1939.
- Hug Walter*: Zur Revision des schweiz. Aktienrechts. In Veröffentlichungen der Handelshochschule St. Gallen, Heft 7, 1934.
- Kaufmann Otto Konst.*: Die Haftungsverhältnisse in der schweiz. GmbH., Diss. Bern 1940.
- Lehmann Carl*: Das Recht der Aktiengesellschaften, Leipzig 1898/1904, 2 Bände.
- Lehmann Carl*: Lehrbuch des Handelsrechts, II. Auflage, Leipzig 1912.
- Meyer-Wild*: Die Einmanngesellschaft nach schweiz. Recht. In S. J. Z. 1928.
- Müller Hans W.*: Die Auflösungsgründe einer GmbH., unter besonderer Berücksichtigung der Auflösungsgründe infolge von Gründungsmängeln, Diss. Bern 1945.
- Nahrat Ch.*: Das Stimmrecht des Aktionärs nach schweiz. Recht, Diss. Bern 1933.
- Neuenschwander P.*: Pflichten und Rechte der Mitglieder einer GmbH., Diss. Bern 1940.
- Oser-Schönenberger*: Das Obligationenrecht: 1. Halbband: Art. 1—183, Zürich 1929, 2. Halbband: Art. 184—418, Zürich 1936.
- Planta von L.*: Das Stimmrecht in der GmbH., Diss. Basel 1939.
- Renaud*: Das Recht der Aktiengesellschaften, 2. Auflage, Leipzig 1875.
- Scherer V. E.*: Die GmbH., Separatabdruck aus „7 Vorträge über das neue OR.“ veranstaltet von der Basler Handelskammer, Basel 1937.
- Schneebeli*: Die Einmanngesellschaft, Diss. Zürich 1932.
- Schucany*: Kommentar zum schweiz. Aktienrecht, Zürich 1940.
- Siegwart A.*: Kommentar zum schweiz. ZGB., 5. Band, Obligationenrecht, 4. Abt., Zürich 1934/1938.
- von Steiger Fritz*: Die neue Handelsregisterverordnung. In ZbJV. 1937.
- Staub*: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1912, 9. Auflage.
- Staub-Pinner*: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3 Bände, Berlin und Leipzig 1932/33.
- Syz Anton*: Die Einzahlungsarten der Bareinlage bei der AG. und der GmbH., Diss. Zürich 1935.
- von Thur A.*: Allgemeiner Teil des schweiz. Obligationenrechtes, 2 Bände, Tübingen 1924/1925.
- Widmer Jakob*: Die Organisation der GmbH. nach schweiz. Recht, Diss. Zürich 1945.
- Wieland K.*: Die GmbH. in Z. S. R., Band 36, 1895.
- Wieland K.*: Handelsrecht, Band 2, München und Leipzig 1931.
- Wieler Franz*: Die rechtliche Stellung des Geschäftsführers in der GmbH., Diss. Bern 1939.
- Zimmermann*: Die Jahresbilanz der AG. nach deutschem und schweiz. Recht, Diss. Zürich 1912.

Schweiz. Gesesgesmaterialien und Zeitschriften

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV—XXXIII des OR., Februar 1928.

Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Revision der Titel XXIV—XXXIII des Obligationenrechts vom Dezember 1923 (II. Vorentwurf).

Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Revision der Titel XXIV—XXXIII des Obligationenrechtes von 1928 (III. Entwurf).

Protokoll der Expertenkommission für die Revision der Titel XXIV—XXXIII des Obligationenrechtes, Bern 1928.

„Volkswirtschaft“, Monatszeitschrift des eidg. Volkswirtschaftsdepartementes, Bern.

Vorkommende Abkürzungen

BGE. = Sammlung der Bundesgerichtsentscheide.

RG. = Sammlung der Reichsgerichtsentscheide.

Prot. = Protokoll der Expertenkommission für die Revision des Obligationenrechtes.

Sten. Bull. = Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung.

StR. = Ständerat.

NR. = Nationalrat.

S. J. Z. = Schweiz. Juristenzeitung.

ZGB. = Schweiz. Zivilgesetzbuch.

Z. S. R. = Zeitschrift für schweiz. Recht.

EINLEITUNG

Die wirtschaftliche Bedeutung der GmbH.

Die GmbH. fand als Mittelform zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft schon gleich nach ihrer Einführung in Deutschland im Jahre 1892 auch ihre eifrigen Befürworter in schweizerischen Wirtschaftskreisen. Anstoss zu dieser positiven Einstellung dürfte vor allem der Umstand gegeben haben, dass der Bundesrat auf Grund wiederholter Rekurse bereits im Jahre 1896 den Beschluss gefasst hatte, dass Filialen ausländischer GmbH.'s in der Schweiz als GmbH. eingetragen werden können. Er gelangte zu dieser Ansicht auf Grund der Tatsache, „dass die Niederlassung der deutschen GmbH. vom Standpunkte des internationalen Rechtes und der Niederlassungsvorschriften aus nicht verweigert werden dürfe und dass es überdies vom Standpunkte des Verkehrs aus, wenn man die Niederlassung gestatten müsse, dann schon aus Publizitätsrücksichten doch besser sei, die Eintragung zuzulassen, als sie auszuschliessen¹⁾“.

Obschon frühzeitig in Diskussionen und in der Literatur die GmbH. als eine für unser Wirtschaftsleben geeignete Unternehmungsform gepriesen wurde, bedurfte es zahlreicher Anstrengungen der interessierten Kreise, bis sich die gesetzgebenden Behörden im Zuge der Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechtes grundsätzlich auch für die Einführung dieser Gesellschaftsart entschieden. Durch Inkraftsetzung der in den eidgenössischen Räten am 18. Dezember 1936 nach mehrjährigen Verhandlungen und Beratungen gutgeheissenen Gesetzesvorlage fand die GmbH. in der unseren Verhältnissen angepassten Form Eingang in das schweizerische Gesellschaftsrecht.

Im Gegensatz zu Deutschland, wo die GmbH. dank ihrer bevorzugten Stellung, namentlich in steuerrechtlicher Beziehung eine ungeahnte Entwicklung nahm, vermochte sie in der Schweiz während ihres bereits 10jährigen Bestehens nur schwach Wurzel zu fassen. Es wirkt

¹⁾ Huber, Entwurf eines Bundesgesetzes betr. Revision der Titel XXIV bis XXXIII des OR. 1919, Anm. betreffend die GmbH., Seite 168.

überraschend, dass dieselbe Feststellung auch in allen andern Ländern, welche diese Gesellschaftsform von Deutschland übernommen und in mehr oder weniger veränderter Form seit Beginn dieses Jahrhunderts eingeführt haben, gemacht worden ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass in verschiedenen Staaten nach den gesetzlichen Bestimmungen die GmbH. für jeden rechtlich erlaubten Zweck zugelassen wird, während unser Obligationenrecht den Kreis wesentlich enger zieht. Die Errichtung einer GmbH. kann nicht für gesellige, künstlerische, wohltätige oder wissenschaftliche Zwecke erfolgen und sie zum Gegenstand des Unternehmens haben. Es muss sich immer um den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens handeln, wozu vor allem Handels-, Fabrikations- und andere kaufmännisch geführte Gewerbe gehören. Es ist indessen nicht nötig, dass die Gesellschaft gewinnbringend arbeitet; es genügt, wenn sie wirtschaftliche Zwecke verfolgt, wie es beispielsweise bei Kartellen der Fall sein kann. Es ist auch durchaus möglich, dass eine GmbH. wohltätige oder religiöse Zwecke verfolgt, sie aber durch einen wirtschaftlichen Betrieb finanziert²⁾.

Die Art und Weise der Verwendung der neuen Gesellschaftsform lässt indessen deutlich erkennen, dass ihr Wesen noch gar nicht zur vollen Auswirkung gelangt ist. Obwohl schon vor und während der Gesetzesberatung die GmbH. als eine besonders für Kartelle geeignete Form bezeichnet worden ist, kennt der Verfasser dieser Arbeit nur eine Kartellorganisation³⁾, welche sich der neuen Gesellschaftsform bedient. Die hauptsächliche Funktion der GmbH. und auch ihre Rechtfertigung wurden von allem Anfang an eigentlich in der Aufgabe erblickt, die Aufnahmestellung für alte Aktiengesellschaften zu bilden, die den Erfordernissen des neuen Aktienrechtes nicht mehr genügen und für welche die vorgeschriebene Kapitalerhöhung auf das gesetzliche Minimum von 50 000 Franken aus materiellen oder andern Gründen nicht in Frage kommt. Die GmbH. hat sich denn auch tatsächlich dank ihrer besonderen Ausgestaltung und Organisation für manche alte Aktiengesellschaft als ein brauchbares und zweckmässiges Instrument erwiesen. Sie entwickelte sich damit förmlich zur „Kapitalgesellschaft des kleinen Mannes“⁴⁾.

Diese treffende Bezeichnung lässt sich am besten durch die Tatsache

²⁾ Janggen-Becker, Kommentar zur GmbH., Seite 16.

³⁾ Mühlenverband der Nordwestschweiz, GmbH. in Aarau.

⁴⁾ Vgl. Dr. V. Scherer, Vortrag über die GmbH. vor der Basler Handelskammer, 1937.

illustrieren, dass nach den Angaben des eidg. Statistischen Amtes⁵⁾ Ende 1946 das Stammkapital sämtlicher 1028 GmbH.'s der Schweiz nur 29 129 000 Franken erreichte, so dass auf eine GmbH. durchschnittlich bloss 26 300 Franken oder wenig mehr als das gesetzlich vorgeschriebene Minimum von 20 000 Franken entfallen. Demgegenüber waren im gleichen Zeitpunkt in den 18 801 Aktiengesellschaften 7 373 678 000 Franken investiert. Somit verfügte eine Aktiengesellschaft im Mittel über 392 200 Franken Kapital.

Die nachstehende Tabelle vermittelt ein Bild über die Entwicklung der GmbH.'s seit deren Einführung in der Schweiz, sowie vergleichsweise über die Bewegung der Aktiengesellschaften während desselben Zeitabschnittes.

Jahr	GmbH.	Stammkapital in 1000 Fr.	Anzahl	AG.
	Anzahl			Grundkapital in 1000 Fr.
1937	68	1 901	19 567	7 662 585
1938	218	6 030	18 995	7 312 258
1939	309	8 858	18 207	7 048 078
1940	383	10 413	17 701	6 857 171
1941	463	12 450	17 250	6 842 959
1942	565	16 005	17 023	6 892 400
1943	680	19 019	17 138	6 983 874
1944	771	21 285	17 345	7 049 877
1945	875	24 868	17 890	7 119 930
1946	1 028	29 129	18 801	7 373 678

Aus dieser Aufstellung geht hervor, dass die GmbH. im ersten Dezenium ihres Bestehens in ziemlich gleichmässigem Rythmus hinsichtlich Anzahl und Kapital zugenommen haben, während der Bestand der Aktiengesellschaften sich seit 1937 bis 1942 vermindert hat, um alsdann langsam wieder anzusteigen, ohne jedoch wieder auf die Zahl von 1937 zu gelangen. Diese Erscheinung steht zweifellos in kausalem Zusammenhang mit der Verschärfung der aktienrechtlichen Bestimmungen, die namentlich die kleineren Unternehmungen mit einem minimalen Aktienkapital zwingen, sich der nicht zuletzt für sie geschaffenen, elastischeren Rechtsform der GmbH. zu bedienen, sofern sie sich nicht den neuen, strengeren Vorschriften des Aktienrechtes unterwerfen wollten oder anpassen konnten.

⁵⁾ Vgl. *eidg. Statistisches Jahrbuch 1945* und „*Die Volkswirtschaft*“ XIX. Jahrgang, Seite 332 ff.

Die folgende Übersicht gibt Aufschluss über den Anteil der einzelnen Erwerbszweige am Gesamtbestand und -stammkapital der GmbH. in der Schweiz jeweils am Ende der Jahre 1945 und 1946.

Erwerbszweige	Stand am 31. 12. 45		Stand am 31. 12. 46	
	Anzahl	Stammkapital in 1000 Fr.	Anzahl	Stammkapital in 1000 Fr.
Industrie	371	10 874	441	12 860
Handel	318	8 738	385	10 610
Kreditinstitute	8	269	6	189
Hotel- und Gastgew.	14	401	15	451
Verkehr	46	1 577	46	1 574
Immobilien-Gesellschaften	91	2 143	105	2 479
Andere Gesellschaften . . .	27	866	30	966
<i>Total</i>	875	24 868	1 028	29 129

Der aktienrechtliche Einfluss in der GmbH.

I. DER AKTIENRECHTLICHE EINFLUSS AUF DIE RECHTSFAHIGKEIT

1. Entstehung und Untergang der Körperschaft

Die GmbH. stellt analog der AG. eine Körperschaft dar. Dieser Charakter kommt ihr deshalb zu, weil sich zwei oder mehrere natürliche oder juristische Personen oder Personengesellschaften (Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften) zu einer neuen rechtlichen Einheit mit juristischer Persönlichkeit zusammenschliessen, die über ein zum voraus bestimmtes Stammkapital verfügt. Darauf beruht die grundlegende Tatsache, dass die Regeln mit Bezug auf die Errichtung und den Untergang der GmbH. sich stark an das Aktienrecht anlehnen. In Übereinstimmung mit der AG. gilt auch bei der GmbH. als unerlässliche Voraussetzung für die Erlangung, bzw. die Auflösung der juristischen Persönlichkeit die Eintragung, bzw. die Löschung im Handelsregister.

a) Entstehung

Gleich der AG. wird auch die GmbH. *gegründet*, mit dem Unterschied, dass zu ihrer Bildung lediglich zwei Personen erforderlich sind (vgl. Art. 775), eine Abweichung gegenüber der AG., die in der einfacheren Organisationsform begründet liegt. Kurz zusammengefasst kann der Gründungsvorgang in folgender Weise skizziert werden: sämtliche Gründer bringen in öffentlicher Urkunde ihren Gründungswillen zum Ausdruck, setzen die Statuten fest und melden die Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister an. Die Gründung kann als „die Erfüllung der Erfordernisse, die das Gesetz als Voraussetzung für die Seinstatsache einer AG., bzw. GmbH. normiert“, bezeichnet werden⁶⁾. Wegleitend für die Bildung der GmbH. ist das Verfahren der Simultan-

⁶⁾ Hery, Seite 1.

gründung bei der AG.; mit andern Worten: die Gründer der GmbH. sind mit den Kapitalgebern identisch und schliessen sich vorerst formlos zu einer Interessengemeinschaft oder einem Konsortium zusammen, denen meist der rechtliche Charakter einer einfachen Gesellschaft zukommt (vgl. Art. 530 ff. OR.). Sie werden sich über den Gegenstand des Unternehmens, den Sitz der Gesellschaft, die Höhe des Stammkapitals und der Stammeinlagen zu verständigen haben. Gleich der AG. besteht auch hier die Möglichkeit der einfachen und qualifizierten oder Apportsgründung. Wir verstehen darunter im Gegensatz zur formellen, die materielle Seite der Kapitalbeschaffung, d. h. das Deckungsverfahren der von den Gesellschaftern übernommenen Stammanteile.

Mit Bezug auf die „einfache Gründung“ enthält die Dissertation von *Hoffmann*⁷⁾ folgende Definition: „Normalerweise ist die AG. erst nach ihrer Erhebung zur juristischen Person fähig, Rechte und Pflichten einzugehen.“ Was *Hoffmann* bezüglich der AG. sagt, gilt in gleicher Weise auch für die einfache Gründung der GmbH. *Huber*⁸⁾ leitet daraus folgende Begriffserklärung für die einfache Gründung der GmbH. ab: „Die einfache Gründung der GmbH. oder irgendeiner Kapitalgesellschaft ist jene Errichtungsform, bei der diese Gesellschaft erst mit der Erlangung der Rechtspersönlichkeit (bei uns in der Schweiz also mit dem Eintrag ins Handelsregister)⁹⁾ befähigt ist, Rechte und Pflichten zu erwerben.“

Negativ gesprochen, kann unter einfacher Gründung alles das verstanden werden, was durch das Gesetz nicht ausdrücklich unter die Normen der qualifizierten Gründung subsumiert wird. Weder die gesetzlichen Bestimmungen über die AG., noch diejenigen über die GmbH. enthalten nähere Angaben bezüglich der Leistung der Geldeinlagen, weshalb auf die Interpretation i. o. S. abgestellt werden muss. Folglich sind die Geldeinlagen grundsätzlich in bar, d. h. in gesetzlicher Währung oder unter Anwendung eines handelsüblichen Zahlungsmodus (z. B. Giro, eingelöste Checks)¹⁰⁾ zu leisten. Unter den Titel der einfachen Gründung gehört auch die einseitige Verrechnung nach den in Art. 120 ff. OR. enthaltenen, allgemeinen Normen, sowie auf Grund eines Verrechnungsvertrages die zweiseitige Verrechnung¹¹⁾.

⁷⁾ *Hoffmann*, Seite 8.

⁸⁾ *Huber*, Seite 6.

⁹⁾ *Th. Guhl*, Das schweiz. OR., 2. Aufl., II. Halbband 1937, Seite 282.

¹⁰⁾ *Hachenburg*, Komm. Anm. 20 zu § 7, Seite 239.

¹¹⁾ *von Thur*, Seite 591—593, Seite 583.

Wie bereits oben angedeutet, treffen wir die qualifizierte Gründung auch bei der GmbH. an. Die Literatur über das Aktienrecht befasst sich sehr eingehend mit dieser materiellen Gründungsform. *Behrend*¹²⁾ gibt hierüber folgende Definition: „Eine qualifizierte Gründung liegt vor, wenn zugunsten einzelner Aktionäre besondere Vorteile bedungen werden, wenn auf das Grundkapital Einlagen, die nicht in barem Geld zu leisten sind, gemacht werden sollen, wenn die zu errichtende Gesellschaft vorhandene oder herzustellende Einlagen oder sonstige Vermögensstücke übernehmen soll, wenn Aktionären oder Drittpersonen ein Gründerlohn gewährt wird.“

*Hoffmann*¹³⁾ bezeichnet denjenigen Sonderfall einer Gründung mit dem Ausdruck „qualifiziert“, bei der die Gesellschaft bereits mit Rechten und Pflichten ins Leben tritt. In seinem Lehrbuch des Handelsrechtes erklärt *Cosack*¹⁴⁾ folgendes: „Die qualifizierte Gründung ist eine Simultan- oder Sukzessivgründung, die dadurch ausgezeichnet ist, dass die Gründer gewisse Abreden treffen, die erfahrungsgemäss für die Gesellschaft gefährlich sind.“

Diese drei Begriffserklärungen stützen sich auffallenderweise alle auf das Aktienrecht, was mit der Tatsache motiviert werden kann, dass in der deutschen Literatur der Ausdruck „qualifizierte Gründung“ meist nur in aktienrechtlichen Abhandlungen gebräuchlich ist. Bei der GmbH. wird diese Bezeichnung selten verwendet. Doch dürfte dessen ungeachtet den analogen Vorgängen bei der GmbH. der gleiche, dem Aktienrecht entstammende Name gegeben werden können¹⁵⁾.

Sehr treffend umschreibt *Wieland*¹⁶⁾ den Begriff der „qualifizierten Gründung“, wenn er sagt, dass das Grundvermögen ganz oder zum Teil aus anderen Gegenständen als Geld aufgebracht werden soll (Grundstücke, Fabrikanlagen, Erfindungen, ganze Unternehmungen).

*Huber*¹⁷⁾ definiert abschliessend folgerichtig die „qualifizierte Gründung“ der GmbH. in Anlehnung an die Begriffsbestimmung von *Wieland* folgendermassen: „Die qualifizierte Gründung der GmbH. ist jene Gründung, bei der das Grundkapital der Gesellschaft ganz oder zum Teil aus anderen Gegenständen als Bargeld beschafft wird, oder wo

¹²⁾ *Behrend*, Seite 744.

¹³⁾ *Hoffmann*, Seite 8.

¹⁴⁾ *Cosack*, 2. Bd., Seite 720.

¹⁵⁾ *Th. Guhl*, S. 281/331.

¹⁶⁾ *Wieland*, Bd. 2, Seite 63.

¹⁷⁾ *Huber*, Seite 8.

bereits vor Erlangung der Rechtspersönlichkeit über einen Teil oder über das ganze Grundkapital verfügt worden ist.“

Während *Hoffmann* in seiner bereits erwähnten Dissertation bei der AG. drei Varianten von qualifizierter Gründung anführt, nämlich Sacheinlage-, Sachübernahme- und Gründervorteile, scheint sich der schweizerische Gesetzgeber bei der GmbH. auf zwei Möglichkeiten beschränkt zu haben, denn wir begegnen nur der Sacheinlage- und der Sachübernahme-Gründung (Art. 778 OR.). Dieser Unterschied rührt davon her, dass die Gründervorteile praktisch nur bei der Sukzessivgründung der AG. zur Geltung kommen, eine formelle Gründungsart, die bei der GmbH. dagegen nicht in Erscheinung tritt.

aa) Willensakt der Gründer

Die Gründungszeit der GmbH. zerfällt gleich wie bei der AG. in zwei voneinander scharf zu trennende Stadien. Um die gesamte Rechtslage einer im Entstehen begriffenen GmbH. richtig würdigen zu können, muss unterschieden werden zwischen:¹⁸⁾

- a) der Vorgründergesellschaft, d. h. dem personengesellschaftlichen Zusammenschluss der Gründer bis zum Momente der unterzeichneten und öffentlich beurkundeten Gründungsurkunde — und
- b) der eigentlichen Gründergesellschaft, welche die Mitglieder bereits unter dem Rechte der Bestimmungen über die GmbH. und den unterzeichneten Statuten zusammenhält und welche als der nasciturus¹⁹⁾ der nur noch einzutragenden GmbH. betrachtet werden kann.

Das hier zur Diskussion stehende erste Stadium, d. h. die Vorbereitung zur Gründung durch die Vorgesellschaft wird in den meisten Fällen längere Zeit beanspruchen²⁰⁾. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein grösseres Kapital beschafft oder Fabrikanlagen und Warenlager erworben werden müssen, die als Sacheinlagen eingebracht werden sollen. Sind hingegen nur wenige Gründer vorhanden, welche ein schon bestehendes Geschäft übernehmen und nach der Gründung gemeinsam führen, dann werden die Vorbereitungsarbeiten gering sein, so daß nach kurzer Zeit die Gründung und Eintragung erfolgen können.

¹⁸⁾ *Janggen-Becker*, Komm. GmbH. zu Art. 783, N. 1.

¹⁹⁾ Dieser Ausdruck stammt von *Hachenburg*. Über den Unterschied zwischen der schweizerischen Auffassung und derjenigen Deutschlands mit Bezug auf diesen nasciturus vgl. *Janggen-Becker*, Komm. GmbH. zu Art. 783, N. 3.

²⁰⁾ *Janggen-Becker*, Komm. GmbH. zu Art. 779, N. 1 und *Feine*, Seite 187.

Die Vorgründungsgesellschaft selbst kann auf zwei verschiedene Arten ins Leben gerufen werden. Entweder kann durch den Abschluss eines Vorvertrages²¹⁾ unter den an der Gründung einer GmbH. Interessierten bestimmt werden, dass die Beteiligten die Gründung herbeiführen und die dazu erforderlichen Kosten übernehmen wollen²²⁾.

Ein solcher Konsortialvertrag ist nach den Bestimmungen über die einfache Gesellschaft zu beurteilen.

Eine zweite Entstehungsart der GmbH. besteht darin, dass auch ohne Abschluss eines Vertrages eine vertragsähnliche Bindung unter den Beteiligten von dem Augenblick an angenommen werden muss, da sie sich verständigt haben, eine GmbH. gründen zu wollen²³⁾.

Da nach dem schweizerischen Obligationenrecht die schriftliche Form zum Abschlusse eines Gesellschaftsvertrages nicht notwendig ist, genügt diese Willensübereinstimmung, um eine einfache Gesellschaft entstehen zu lassen²⁴⁾ 25).

Der Aufgabenkreis der Vorgründergesellschaft ist eindeutig gegeben durch den Zweck, zu dem sie gebildet wurde. Dieser Zweck besteht in der Herbeiführung der Gründung einer GmbH.

So sind vor allem die Statuten festzusetzen²⁶⁾. Sodann müssen die gesetzlichen und eventuell weitere statutarische Organe bestellt werden. Diese enge Begrenzung des Aufgabenbereiches muss jedoch dann überschritten werden, wenn dem zu gründenden Unternehmen Fabrik- oder andere Liegenschaften, Warenlager oder Lizenzen gesichert werden sollen. Dazu sind Kaufverhandlungen und allenfalls Abschlüsse von Vorkaufsverträgen erforderlich. Noch weiter dehnt sich dieser Aufgabenkreis dann aus, wenn bereits bestehende Geschäfte von der Gesellschaft übernommen werden sollen. Diese Geschäfte müssen auch in der Zeit zwischen dem Abschluss eines Vorgründungsvertrages und der eigentlichen Gründung, bzw. der Eintragung weitergeführt werden. Eine andere Möglichkeit der Vorgründertätigkeit besteht im Suchen

21) Janggen-Becker, Komm. GmbH. zu Art. 783, N. 2, sieht in der Bildung einer einfachen Gesellschaft zum Zwecke der Gründung einer GmbH. keinen Vorvertrag.

22) Diese Bestimmung ist besonders wichtig, damit die Kostenverteilung auch dann geregelt ist, wenn die GmbH. nicht zustande kommen sollte.

23) Feine, Seite 188.

24) Feine, Seite 188.

25) Über die Reichweite dieser Willensübereinstimmung im deutschen Recht vgl. Staub, Komm. HGB., zu § 2, Anm. 15,

26) über deren Inhalt siehe Seite 36.

weiterer Beteiligter, also in der Beschaffung des erforderlichen Gesellschaftskapitals²⁷⁾).

Ein „Kontrollorgan“ ist für diese Vorgründungsgesellschaft nicht notwendig. Sämtliche nicht geschäftsführenden Gesellschafter besitzen das Recht, persönlich in die Geschäftsbücher und Rechnungen der Gesellschafter Einsicht zu nehmen (vgl. Art. 541 OR.). Diese gesetzliche Bestimmung schliesst jedoch die Einsetzung besonderer Revisoren nicht aus. Doch wird es in den wenigsten Fällen erforderlich sein; auch kann dadurch das Einsichtsrecht der Gesellschafter nicht beschränkt werden (Art. 541,2 OR.).

Die Organisation der „Gründergesellschaft“ ist straff geregelt durch das Gesetz und die ergänzenden Statuten. Das Statut bildet die Grundlage eines rechtlich völlig neuen Gebildes korporationsrechtlicher Art, das mit einem Vorgründungsvertrag, der noch im Bereich des Individualrechtes liegt, nichts gemein hat²⁸⁾. Der soziale Konstitutivakt der Gründung hat also nicht die Wirkung, irgendwelche während der Zeit seiner Vorbereitung entstandenen Rechte und Verpflichtungen ipso jure zu übernehmen.

Die Belassung der in der Vorgründungszeit als Geschäftsführer und Vertreter tätigen Personen in ihrer Stellung ist selbstverständlich nicht ausgeschlossen. Doch ist diese Stellung für die Gründergesellschaft durch Statutenbestimmungen und Wahl durch die Gesellschaftergesamtheit neu zu begründen, wenn auch nur in der Form einer stillschweigenden Genehmigung des vorgesellschaftlichen Verhältnisses.

bb) Öffentliche Urkunde

Nach erfolgreichem Abschluss der auf die Gesellschaftsgründung gerichteten Vorverhandlungen findet der eigentliche Errichtungsakt statt, der in der Aufnahme der öffentlichen, von sämtlichen an der Gründung beteiligten Gesellschaftern unterzeichneten Urkunde besteht. Rechtlich kommt diesem *Procedere* nicht etwa der Charakter eines Vertragsabschlusses zu. Es handelt sich hier vielmehr, entsprechend der Zeichnung der Aktien, um einseitige Willenserklärungen der Gesellschafter sowohl gegenüber den Gründern und Mitgesellschaftern, als auch gegenüber der

²⁷⁾ Obschon für eine GmbH. eine Sukzessivgründung nicht nur unzulässig ist, sondern auch ihrem Wesen völlig widersprechen würde, kann das Kapital vor der Gründung auf diese Weise zusammengebracht werden (vgl. *Feine*, Seite 189).

²⁸⁾ *Feine*, Seite 189.

Gesellschaft selbst und gegenüber zukünftigen Gläubigern der Gesellschaft. Diese Urkunde hat gleich derjenigen bei der Simultangründung der AG. (vgl. Art. 638/39 OR.) ausser dem Gründungswillen und der vorbehaltlosen Zustimmung zu den Statuten noch die Bestätigung folgender Tatsachen zu enthalten (Art. 779 OR.):

1. die Übernahme sämtlicher Stammeinlagen,
2. die Einzahlung des gesetzlich oder statutarisch vorgeschriebenen Betrages oder die Deckung durch Sacheinlagen,
3. die Vorlage der darauf bezüglichen Einlage- oder Übernahmeverträge.

Aufgabe der Urkundsperson ist es ferner, die Belege, die der Beschlussfassung und Bestätigung als Grundlage dienen, einzeln in der Urkunde aufzuführen mit der Erklärung, dass diese Beweisstücke ihr und den Gründern tatsächlich vorgelegen haben. Auf die Sacheinlagen finden die Schutzvorschriften des Aktienrechtes Anwendung (Art. 633 und 638 OR.), d. h. jene gelten nur dann als Deckung, wenn die GmbH. mit der Eintragung sofort Eigentümerin wird und die Verfügungsgewalt erlangt, oder bei Grundstücken, wenn ein bedingungsloser Anspruch auf Eintragung ins Grundbuch besteht (Art. 779, Abs. 2, 3 und 4 OR.).

Die Überlegungen, die zur Aufnahme dieses Artikels 779 in das Gesetz führten, haben ihren Ursprung in den Vorarbeiten zum neuen Aktienrecht. Wegleitend war vor allem der Gedanke, durch möglichst zahlreiche und einschneidende Sicherungsmassnahmen einer gleich schädlichen Entwicklung der GmbH., wie sie in Deutschland eingetreten war, vorzubeugen. Es war deshalb naheliegend, die bei der Simultangründung der AG. gesammelten Erfahrungen zu verwerten und die dortigen Normativbestimmungen, soweit wie möglich, auf die Gründung der GmbH. anzuwenden, zumal die beiden Gründungsformen weitgehend einander entsprechen²⁹⁾.

Zweck dieser vorliegenden Bestimmungen ist die Bildung einer Grundlage für die Gründerverantwortlichkeit³⁰⁾. Um den Sinn der einzelnen Vorschriften tiefer ergründen zu können, sind folgende Betrachtungen anzustellen:

1. Bestätigung, dass der gesetzliche oder statutarische Betrag der Stammeinlage durch die Sacheinlage gedeckt ist.

²⁹⁾ Th. Guhl, Recht der GmbH. in der Schweiz, Seite 14.

³⁰⁾ Bericht zum Entwurf der GmbH. 1928, Seite 23.

Wir ersehen gleich, dass diese Gesetzesvorschrift zwischen zwei Fällen unterscheidet, nämlich:

- a) wenn die Statuten nichts über die Höhe des einzuzahlenden Betrages vorschreiben, gilt die subsidiäre Gesetzesbestimmung, dass mindestens 50 % bei der Gründung einzuzahlen sind.
- b) Die Statuten können festlegen, wieviel die Gesellschafter zu bezahlen haben. Sie sind nur insofern gebunden, als der Betrag mindestens 50 % ausmachen muss.

In beiden Fällen müssen die Gründer in der Gründungsurkunde noch ausdrücklich bestätigen, dass sie der gesetzlichen und allenfalls auch der statutarischen Vorschrift Genüge geleistet haben.

2. Art. 779, Abs. 4 OR.

Unter Ziff. 1 hievor wurde dargelegt, dass die Gründungsurkunde eine Bestätigung der Gründer enthalten muss, wonach ein gesetzlich oder statutarisch geforderter Betrag durch die eingebrachten Sacheinlagen gedeckt sei. Der Gesetzgeber scheint dem Begriff „gedeckt“ bei der Beratung besondere Wichtigkeit beigemessen zu haben, denn er hielt es für geboten, ihn im Schlussabsatz des Art. 779 näher zu umschreiben. Die Formulierung lässt deutlich erkennen, dass ihm als Vorbild das neue Aktienrecht vorschwebte, welches ebenfalls auf Grund der Beratungen in den eidg. Räten mit dieser Bestimmung erweitert worden ist. In materieller Hinsicht besagt die genannte Gesetzesbestimmung, wann eine Sacheinlage als Deckung gelten kann. Hierbei werden folgende zwei Fälle unterschieden, je nachdem es sich um Grundstücke oder um andere Sachen handelt:

- a) Was den Spezialfall der Grundstücke betrifft, so gelten diese nur als Deckung, wenn die GmbH. mit ihrem Eintrag ins Handelsregister einen bedingungslosen Anspruch auf Eintrag ins Grundbuch erhält. Kennzeichnend an dieser Gesetzesnorm ist einmal, dass sie auf einen bestimmten Zeitpunkt, nämlich dem Eintrag der GmbH. ins Handelsregister, abstellt. Massgebend für den Eintrag ist wenigstens intern die Einschreibung der Anmeldung ins Tagebuch (Art. 932, Abs. 1 OR.). Wir können also noch genauer sagen, dass mit der Anmeldung und deren Vormerkung im Tagebuch der bedingungslose Anspruch auf Eintrag ins Grundbuch für die GmbH. bereits bestehen muss. Was versteht nun aber das Gesetz unter einem bedingungslosen Anspruch auf Eintrag ins Grundbuch? Zur

Beantwortung dieser Frage müssen wir auf das Sachenrecht zurückgreifen³¹⁾.

Die Eintragung erfolgt nach Art. 963 ZGB. auf Grund einer schriftlichen Erklärung des Eigentümers des Grundstückes, auf das sich die Verfügung bezieht. Keiner Erklärung bedarf es, wenn sich der Erwerber auf eine Gesetzesvorschrift, auf ein rechtskräftiges Urteil oder eine dem Urteil gleichwertige Urkunde zu berufen vermag. Der erstere Fall wird nun bei unserem Sachverhalt der häufigste sein. Wir können daraus die Folgerung ziehen, dass ein bedingungsloser Anspruch der GmbH. auf Eintragung ins Grundbuch nur dann vorhanden ist, wenn sie über eine entsprechende Erklärung des früheren Eigentümers oder über ein Urteil oder eine gleichwertige Urkunde verfügt.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass Grundstücke nur dann als Deckung gelten, wenn die GmbH. im Zeitpunkte, wo die Anmeldung ins Tagebuch des Handelsregisteramtes eingeschrieben wird, bereits vom Veräusserer (meist Sacheinleger selbst) eine bedingungslose schriftliche Erklärung besitzt (eventuell Urteil, usw.), die ihr das Recht verleiht, sich ohne weiteres als Eigentümerin des betreffenden Grundstückes eintragen zu lassen.

- b) Der zweite Fall bezieht sich auf alle andern Gegenstände, die Inhalt einer Sacheinlageverpflichtung sein können. Sie alle gelten nach dem Gesetz nur dann als Deckung, wenn mit ihrem Eintrag ins Handelsregister die GmbH. sofort als Eigentümerin darüber verfügen kann.

Was den Zeitpunkt betrifft, so dürfen wir auf das unter lit. a) Gesagte verweisen.

Im weitem stipuliert die Bestimmung, dass die GmbH. unmittelbar als Eigentümerin über die Sachen „verfügen könne“. Sie muss also, mit andern Worten gesagt, bereits Eigentümerin sein. Wie sie Eigentümerin geworden ist, steht hier nicht zur Diskussion; es müssen einfach die für die einzelnen Fälle vom Gesetz zur Übertragung von Eigentum aufgestellten Bedingungen erfüllt sein.

cc) Registerzwang

Das Errichtungsverfahren der GmbH. endigt in vollkommener Übereinstimmung mit dem Aktienrecht mit der gesetzlich vorgeschriebenen

³¹⁾ *Wieland*, Komm. Zürich 1909 59 und Seite 556.

Anmeldung beim Handelsregisteramt, wo die Gesellschaft ihren Sitz hat und der Eintragung der Gesellschaft. Die in Art. 640 OR. statuierte Bestimmung, wonach die Anmeldung der Verwaltung der AG. beim Handelsregisteramt unterzeichnet oder schriftlich mit beglaubigten Unterschriften eingereicht werden muss, findet sinngemäss auf die Anmeldung der GmbH., die durch sämtliche Geschäftsführer zu erfolgen hat, Anwendung (Art. 780, Abs. 2 OR.). Dieser ist folglich auch eine beglaubigte Ausfertigung der Statuten, sowie der öffentlich beurkundete Errichtungsakt beizufügen. Die GmbH. erwirbt sich rechtlich durch die Eintragung ins Handelsregister in konstitutiver Wirkung die juristische Persönlichkeit.

Die vom Gesetz zur Registrierung vorgeschriebenen Tatsachen stimmen mehrheitlich mit dem Aktienrecht überein und lassen sich in folgende Punkte zusammenfassen:

1. das Datum der Statuten,
2. die Firma und der Sitz der Gesellschaft,
3. der Gegenstand, und wenn die Statuten darüber eine Bestimmung enthalten, die Dauer des Unternehmens,
4. die Höhe des Stammkapitals,
5. der Gegenstand und die Anrechnung der Sacheinlagen und der übernommenen Vermögenswerte,
6. die Namen der Geschäftsführer, unter Angabe des Wohnortes und der Staatszugehörigkeit (analog Ziff. 8 von Art. 641 OR.),
7. die Art der Ausübung der Vertretung,
8. die Art und Weise, wie die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen.

Alle oben erwähnten Eintragungen in das Handelsregister müssen gemäss Art. 38, Abs. 1 der Verordnung über das Handelsregister (HRVO.) wahr sein. Sie dürfen zu keinen Täuschungen Anlass geben und keinem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen³²⁾. Bei der Anmeldung hat der Handelsregisterführer nachzuprüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind (Art. 940 OR. und Art. 21 HRVO.). Besonderer Prüfung bedarf bei der Eintragung juristischer Personen, also der AG. wie der GmbH. die Frage, ob die Statuten nicht zwingende Vorschriften verletzen und den vom Gesetzgeber verlangten Inhalt aufweisen.

Was die vor der Eintragung der GmbH. ins Handelsregister abgeschlossenen Rechtsgeschäfte anbelangt, welche im Interesse oder im

³²⁾ Dieselben Bestimmungen enthält auch das Firmenrecht in Art. 944, Abs. 1.

Namen der zu errichtenden Gesellschaft getätigt werden, kommt ihnen je nach den Umständen verschiedene Bedeutung zu. Das Gesetz (Art. 783 OR.) übernimmt diesbezüglich wörtlich die aktienrechtlichen Bestimmungen (Art. 645, Abs. 2 OR.), nämlich:

„Ist vor der Eintragung in das Handelsregister im Namen der Gesellschaft gehandelt worden, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch.

Wurden solche Verpflichtungen ausdrücklich im Namen der zu bildenden Gesellschaft eingegangen und innerhalb einer Frist von drei Monaten nach der Eintragung in das Handelsregister von der Gesellschaft übernommen, so werden die Handelnden befreit, und es haftet nur die Gesellschaft.“

Folgende bei der AG. möglichen Tatbestände können demnach sinngemäss auch bei der GmbH. zutreffen:

1. Die Gründer können von der Entstehung der GmbH. Rechtsgeschäfte in eigenem Namen, wenn auch im Namen der zu gründenden Gesellschaft abschliessen. Aus diesen Geschäften werden nur die Gründer persönlich verpflichtet. Entsteht nachher die GmbH., so gehen die Rechte aus diesen Geschäften durch Zession auf die GmbH. über. Diese kann auch durch Schuldübernahme, allerdings nur mit Zustimmung der Gläubiger, die von den Gründern eingegangenen Verpflichtungen auf sich nehmen.
2. Die Gründer können Rechtsgeschäfte im Namen der Gesellschaft, jedoch unter der Bedingung abschliessen, dass die GmbH. zustande kommt. Geht diese Bedingung in der Folge nicht in Erfüllung, so äussert das Rechtsgeschäft überhaupt keine Wirkungen, es sei denn, dass die Gründer den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben verhindert hätten (Art. 156 OR.). Kommt dagegen die GmbH. nachher durch Eintragung ins Handelsregister zustande, so ist sie berechtigt, in diese Geschäfte einzutreten. Macht sie vom Recht Gebrauch und übernimmt sie innerhalb einer Frist von drei Monaten nach der Eintragung der GmbH. im Handelsregister diese Verpflichtungen, so haftet den Gläubigern die GmbH.
3. Die Gründer können vor der Eintragung der GmbH. im Handelsregister im Namen der Gesellschaft gehandelt haben, obwohl diese noch gar nicht besteht. Kommt die GmbH. nachher nicht zustande, oder tritt sie wenigstens nicht in die abgeschlossenen Geschäfte ein, so haften die handelnden Gründer persönlich und solidarisch (entsprechend Art. 645, Abs. 1 OR.).

Nach der Erlangung der Rechtspersönlichkeit, wodurch die formellen Gründungsvorschriften ihren Zweck erfüllt haben, wird es der GmbH.

gleich der AG. erst möglich sein, sich auf die wirtschaftliche Gründung, d. h. auf den Aufbau des Unternehmens zu konzentrieren. Daraus folgt, dass die rechtliche und wirtschaftliche Neugründung einer Gesellschaft nicht parallel läuft, sondern in verschiedenen Etappen erfolgt.

Nach *Hauser*³³⁾ ist unter wirtschaftlicher Gründung jener Vorgang zu verstehen, wodurch das Geschäft oder das Unternehmen im Wirtschaftsleben tatsächlich in Erscheinung tritt. Sie ist die Geschäftsgründung. Das setzt voraus, dass die Gesellschaft entstanden sein muss, d. h. die rechtliche Gründung muss abgeschlossen sein, bevor die wirtschaftliche Gründung oder Geschäftsgründung beginnen kann. Wann nun die wirtschaftliche Gründung beginnt, kann nicht allgemein gültig festgelegt werden. So kann diese kurz oder erst auch geraume Zeit später der rechtlichen Gründung folgen. Jedenfalls kann der Beginn der Geschäftsgründung dann supponiert werden, wenn die wirtschaftliche Tätigkeit der einmal existent gewordenen Gesellschaft beginnt.

Diese Definition kann sich im Hinblick auf das übereinstimmende Gründungsverfahren ebenso gut auf die GmbH. als auch auf die AG. beziehen.

b) Untergang der Körperschaft

Die in Art. 736 OR. aufgeführten, sich auf die AG. beziehenden Auflösungsgründe kommen mehrheitlich auch bei der GmbH. vor. Nach Art. 820 OR. wird die GmbH. in analoger Weise in folgenden fünf Fällen aufgelöst:

1. Nach Massgabe der Statuten,
2. durch einen öffentlich beurkundeten Gesellschaftsbeschluss, bei dem die Mehrheit, wenn es in den Statuten nichts anders bestimmt ist, drei Vierteile sämtlicher Mitglieder betragen muss, die mindestens drei Vierteile des Stammkapitals vertreten,
3. durch die Eröffnung des Konkurses,
4. durch Urteil des Richters, wenn ein Gesellschafter aus einem wichtigen Grunde die Auflösung verlangt,
5. in den übrigen vom Gesetz vorgesehenen Fällen.

Die Gegenüberstellung der beiden oben zitierten Artikel zeigt, dass die Ziffern 1, 3 und 5 wörtlich übereinstimmen. Gemäss Ziffer 2 entscheidet analog der Generalversammlung der Aktionäre die Gesellschafterversammlung der GmbH. über die Auflösung, wobei die Statuten

³³⁾ Vgl. *Hauser*, Seite 67.

von der Norm abweichende Vorschriften über Art und Weise, wie ein solcher Beschluss gefasst werden soll, stipulieren können. Besser berechtigt als im Aktienrecht und auch von grösserer, praktischer Bedeutung ist die Auflösungsmöglichkeit, wenn *wichtige Gründe* vorliegen. Jeder Gesellschafter ist von Gesetzes wegen befugt, unter dieser Voraussetzung die Auflösung der Gesellschaft durch Urteil des Richters zu fordern³⁴⁾ (Art. 820, Ziff. 4 OR.), während bei der AG. dieser Weg erst dann beschritten werden kann, wenn eine Aktionärgruppe mindestens den fünften Teil des Grundkapitals auf sich vereinigt. In dieser Verschiedenheit spiegelt sich wiederum deutlich der individualistische Einschlag der GmbH. wider. Die wichtigen Gründe können entweder in den Verhältnissen der Gesellschaft selbst liegen oder auch die persönlichen Beziehungen unter den einzelnen Gesellschaftern oder zwischen diesen und der Gesellschaft zur Ursache haben.

Die oben genannten Auflösungsmöglichkeiten lassen sich ausserdem nach folgenden Gesichtspunkten gliedern:

- aa) in solche mit Willen der Gesellschafter,
- bb) in solche ohne Willen der Gesellschafter.

Dazu bedarf es folgender Erläuterungen:

aa) Auflösung mit Willen der Gesellschafter

Die Statuten, die zweifellos als das Ergebnis gemeinsamer Beratungen gewertet und damit auch als Willensausdruck der Gründer aufgefasst werden dürfen, nennen in der Regel die Gründe, die eine Beendigung der Gesellschaftsverhältnisse herbeiführen können oder sollen (Art. 777, Ziff. 11 OR.). Eine Kapitalgesellschaft, sei es nun eine AG. oder eine GmbH., kann beispielsweise entsprechend dem von ihr verfolgten Zweck auf bestimmte Zeit gegründet worden sein. Dann stellt der Zeitablauf einen Auflösungsgrund dar (Art. 777, Ziff. 10 OR.). Ein anderer, statutarisch möglicher Auflösungsgrund kann die Feststellung bilden, dass das bei der Gründung gesteckte Ziel wegen besonderer, mittlerweile eingetretener Umstände nicht erreicht werden kann. Ferner ist das Selbstbestimmungsrecht zu erwähnen, das vom Gesetz den Gesellschaftern unter allen Umständen eingeräumt wird und das ihnen erlaubt, die GmbH. durch Gesellschaftsbeschluss aufzulösen³⁵⁾. Insofern die Statuten keine besonderen Bestimmungen enthalten, erlangt ein

³⁴⁾ Th. Guhl, Recht der GmbH. in der Schweiz, Seite 56.

³⁵⁾ Th. Guhl, Recht der GmbH. in der Schweiz, Seite 56.

solcher Auflösungsbeschluss laut Gesetz nur durch Zustimmung von $\frac{3}{4}$ sämtlicher Mitglieder, die zusammen ebenfalls $\frac{3}{4}$ des Stammkapitals vertreten, Rechtskraft. Im Einklang mit dem Aktienrecht schreibt das Gesetz gleich wie im Gründungsverfahren die Aufnahme einer öffentlichen Urkunde vor (Art. 820, Ziff. 2 OR.).

bb) Auflösung ohne, bzw. gegen den Willen der Gesellschafter

Es ist wohl einleuchtend, dass jedes Unternehmen, besitze es nun die Form einer AG. oder einer GmbH., den Konkurs mit allen legalen Mitteln abzuwenden sucht, es sei denn, dass bewusst oder fahrlässig einem betrügerischen Bankerott zugesteuert wird. Lässt sich aber die Konkurseröffnung nicht vermeiden, so geschieht sie zweifellos normalerweise ohne den Willen der Gesellschafter (Art. 820, Ziff. 3 OR.). Darunter gehört nicht nur der Tatbestand, wo ein Gläubiger die Gesellschaft betreibt; die Geschäftsführung ist auch von Gesetzes wegen gehalten, bei Überschuldung den Konkurs anzumelden. Wie im Aktienrecht kann der Richter auch bei der GmbH. auf Antrag eines Gläubigers oder der Geschäftsführung die Konkurseröffnung verschieben, falls Aussicht auf Sanierung besteht. In diesem Falle wird der Richter zugleich eine Inventaraufnahme anordnen oder einen Sachwalter bestellen, oder andere zur Erhaltung des Vermögens geeignete Massnahmen anordnen (Art. 817, Abs. 1 in Verbindung mit Art. 725 OR.). Liegt jedoch ein solcher Antrag weder seitens der Verwaltung noch eines Gläubigers vor, so hat der Richter die Konkurseröffnung auszusprechen, und die GmbH. verfällt gleich wie die AG. der Auflösung.

Abgesehen von dieser soeben skizzierten Möglichkeit können auch wichtige, von einem Gesellschafter vorgebrachte Motive durch Urteil eines Richters ohne, bzw. gegen den Willen der übrigen Gesellschafter die Auflösung der GmbH. bewirken. Als Beispiel, das ebensowohl auf die AG. als auch auf die GmbH. anwendbar ist, sei der Fall zitiert, da die Verwaltung, bzw. die Geschäftsführung eine vom statutarisch festgelegten Zweck abweichende Geschäftspolitik einschlägt.

Ferner erfolgt die Auflösung der GmbH. auch in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen meist gegen den Willen der Gesellschafter. Wir zitieren hier in erster Linie den Art. 775 OR., der im Wesentlichen sich auf Art. 625 OR. stützt. Beiden Vorschriften liegt die Absicht zugrunde, die Verkehrssicherheit im Interesse der Gläubiger zu gewährleisten⁸⁶⁾.

⁸⁶⁾ Vgl. Expertenkommission zu Entwurf II, Seite 208.

Wie der Aktionär der AG., so ist auch der Gesellschafter der GmbH. berechtigt, beim Richter Klage wegen Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen zu erheben. Dem Gläubiger beider Gesellschaftsformen steht dasselbe Recht zu, was aus folgendem, auf den im Grundsatz gleichen Nenner gebrachten Gesetzestext hervorgeht:

„Falls die Zahl der Mitglieder unter das gesetzlich vorgeschriebene Minimum sinkt oder es der Gesellschaft an den vorgeschriebenen Organen fehlt, so kann der Richter — in übereinstimmendem Sinne der beiden Paragraphen — auf Begehren eines Aktionärs, bzw. Gesellschafters oder eines Gläubigers die Auflösung verfügen, sofern die Gesellschaft nicht binnen angemessener Frist den gesetzesmäßigen Zustand wieder herstellt. Nach Anhebung der Klage kann der Richter auf Antrag einer Partei vorsorgliche Massnahmen anordnen.“

Im Grunde genommen handelt es sich hier um eine prophylaktische Bestimmung gegen die Errichtung der Einmann-Gesellschaft. Doch werden wir in einem folgenden Abschnitt darlegen, dass dieser Vorschrift eher theoretische Bedeutung beizumessen ist.

Eine analoge Bestimmung von Art. 643 OR., welcher das Klagerecht zur Auflösung der AG. wegen Gründungsmängeln nicht nur den Gläubigern, sondern auch den Aktionären zuspricht, findet sich dagegen im Gesetz der GmbH. nirgends verankert. Die Frage, ob das Klagerecht auch dem Gesellschafter zugestanden werden soll, muss jedoch unseres Erachtens bejaht werden. Wenn auch bei der GmbH. Gesellschafter und Geschäftsführer vielfach identisch sind, stützt sich dieser Zustand keineswegs auf eine gesetzliche Bestimmung. Eine GmbH. kann z. B. ganz auf kapitalistischer Grundlage aufgebaut sein. Die Gesellschafter brauchen nicht notwendigerweise die Stellung eines Geschäftsführers zu bekleiden. Sie fühlen sich dann mit der Gesellschaft nicht näher verbunden als ein Aktionär in der Rolle eines blossen Kapitalgebers mit der AG. Unter diesen Umständen sollen den Gesellschaftern der GmbH. aber auch dieselben Befugnisse zugestanden werden wie den Aktionären, d. h. in concreto das Klagerecht zur Auflösung wegen Gründungsmängeln.

Selbst wenn der Gesellschafter zugleich Geschäftsführer ist, kann er ein ebenso grosses Interesse an der Auflösung der Gesellschaft wegen mangelhafter Gründung haben, wie derjenige Gesellschafter, der nicht die Stellung eines Geschäftsführers innehat. Bei der GmbH. spielt das Vertrauensverhältnis eine bedeutende Rolle. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass das gegenseitige Vertrauen durch einen Gründungsmangel verloren geht, beispielsweise wenn ein Gesellschafter über die Leistungen der übrigen Gesellschafter getäuscht wurde.

Der Gesellschafter, dem unter solchen unbefriedigenden Verhältnissen die verantwortliche Stellung eines Geschäftsführers nicht mehr zugemutet werden kann, soll dann aber berechtigt sein, die Auflösung aus dem besagten Grunde zu fordern. GmbH.'s, die eigentliche Karikaturen sind, weil ihnen die nötigen Grundlagen infolge von Gründungsmängeln fehlen, sollen aus dem Wirtschaftsleben ausgeschaltet werden können³⁷⁾.

Auch aus der Rechtsstellung des Handelsregisterführers und aus dem Umfang seiner Prüfungspflicht heraus ist eine absolute Heilung aller Gründungsmängel nicht berechtigt³⁸⁾.

Art. 643 OR. würde analog für die GmbH. folgendermassen lauten:

„Die Gesellschaft erlangt das Recht der Persönlichkeit erst durch die Eintragung in das Handelsregister (Art. 783, Abs. 1 OR.).

Das Recht der Persönlichkeit wird durch die Eintragung auch dann erworben, wenn die Voraussetzungen zur Eintragung tatsächlich nicht vorhanden wären. Sind jedoch bei der Gründung gesetzliche oder statutarische Vorschriften missachtet und dadurch die Interessen von Gläubigern oder Gesellschaftern in erheblichem Masse gefährdet oder verletzt worden, so kann der Richter auf Begehren solcher Gläubiger oder Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft verfügen. Nach Anhebung der Klage kann der Richter auf Antrag einer Partei vorsorgliche Massnahmen anordnen.

Das Klagerecht erlischt wenn die Klage nicht spätestens drei Monate nach der Veröffentlichung im schweizerischen Handelsamtsblatt angehoben wird.“

cc) Liquidation

In Anbetracht der Tatsache, dass die GmbH., trotz ihrer vielfachen individualistischen Wesenszüge, wie die AG. zu den Kapitalgesellschaften gezählt wird, stützt sich auch ihr Liquidationsverfahren auf die aktienrechtlichen Bestimmungen. Wir verweisen diesbezüglich auf Art. 823 OR., der folgenden Wortlaut hat:

„Für die Bestellung und Abberufung von Liquidatoren, für die Durchführung der Liquidation, die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister und die Aufbewahrung der Geschäftsbücher gelten die Bestimmungen des Aktienrechts.“

In gleicher Weise wie die AG. behält folglich auch die GmbH., weil zum Zwecke der Liquidation weiterbestehend, die juristische Persönlichkeit bei und führt ihre bisherige Firmabezeichnung unter Beifügung des Zusatzes „in Liquidation“ weiter, bis die Auseinandersetzung mit den Gesellschaftern beendet ist (Art. 739, Abs. 1 OR.). Die Befugnisse der Gesellschaftsorgane werden mit dem Eintritt der Liquidation auf

³⁷⁾ C. Wieland, Expertencomm. zu Entwurf II, Seite 208.

³⁸⁾ Hery, Seite 72.

die Handlungen beschränkt, die für die Durchführung der Liquidation erforderlich sind, ihrer Natur nach jedoch nicht von den Liquidatoren vorgenommen werden können (Art. 739, Abs. 2 OR.).

Gemäss Art. 740 OR. wird die Liquidation von der Verwaltung der AG. durchgeführt, sofern nicht die Statuten oder ein Beschluss der Generalversammlung der Aktionäre etwas anderes bestimmen. Dementsprechend wirken auch bei der GmbH., ohne anderslautende Verfügung der Statuten oder der Gesellschafterversammlung, die bisherigen Geschäftsführer als Liquidatoren. Für sie gelten ebenfalls die bestehenden Normen über die Vertretungsbefugnis (Einzelvertretung, Kollektivvertretung, usw.), ferner die Vorschriften über die interne Verteilung der Aufgaben, soweit sie auch für die Zwecke der Liquidation vernünftigerweise gewollt sein können. Wie für die Geschäftsführer gilt analog für die Liquidatoren die gesetzliche Bestimmung, dass mindestens einer davon in der Schweiz wohnhaft und vertretungsberechtigt sein muss. Falls dieses Erfordernis nicht erfüllt ist, hat der Richter gemäss Art. 741, Abs. 2 OR. einen Liquidator zu ernennen, bei dem diese unerlässliche Voraussetzung zutrifft.

Dem Aktienrecht folgend, hat die GmbH. ebenfalls die Möglichkeit, einen oder mehrere Liquidatoren einzusetzen. Kraft der Bestimmung, dass der Geschäftsführer auch die Funktion des Liquidators ausüben kann, sind sowohl Gesellschafter, als auch Dritte grundsätzlich befugt, die Liquidationsgeschäfte zu besorgen. Im Sinne dieses Titels können auch juristische Personen, wie Treuhandgesellschaften, mit dieser Aufgabe betraut werden.

In Fällen, da seitens der Gesellschafter mit Bezug auf die Bestellung aller Liquidatoren oder eines einzelnen keine Einigung zustande kommt, kann der Richter für die Ernennung angerufen werden. Es steht ihm das Recht zu, vorübergehend einen provisorischen Liquidator zu bestellen.

Unter Berufung auf Art. 740 OR. ist die Gesellschafterversammlung der GmbH. berechtigt, die von ihr bestellten Liquidatoren jederzeit abzurufen. Von Gesetzes wegen ist sie ebenfalls befugt, ihnen auch einzelne Kompetenzen zu entziehen und sie anderen zu übertragen. Dagegen fehlt ihr die Befugnis, die vom Richter ernannten oder die in den Statuten bezeichneten Liquidatoren abzurufen; dazu ist gemäss Art. 741 OR. allein der Richter zuständig auf Grund des Antrages eines Gesellschafters, der hierfür wichtige Gründe vorbringen muss. Als solche können in Betracht kommen: Unfähigkeit, Verfeindung mit einem Teil

der Gesellschafter oder einem Hauptbeteiligten, Interessengemeinschaft mit einzelnen Gesellschaftern und dgl.

Die Geschäftsführung der GmbH. ist in gesetzesmässiger Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften verpflichtet, die Liquidatoren beim Handelsregisteramt zwecks Eintragung und Veröffentlichung deren Namen anzumelden, selbst für den Fall, dass sie selbst die Funktionen der Liquidatoren ausübt (Art. 740, Abs. 2 OR.).

Die Auflösung der GmbH. selbst geht grundsätzlich nach denselben Regeln vor sich wie bei der AG. Für die Liquidatoren der GmbH. gilt somit das Pflichtenheft, wie es in Art. 742—745 OR. bezüglich der vorgenannten Gesellschaftsform umschrieben ist. Dieser Aufgabenbereich umfasst im wesentlichen folgende Obliegenheiten:³⁹⁾

1. Bilanz:

Die Liquidatoren haben bei der Übernahme ihres Amtes zunächst eine Bilanz aufzustellen (Art. 742, Abs. 1 OR.). Diese wird als Liquidationseröffnungsbilanz bezeichnet und besitzt den Charakter einer Vermögensbilanz, im Gegensatz zur Betriebsbilanz nach Art. 662 OR., die der Ermittlung des Reingewinns dient. Die Aktiven sind folglich mit dem mutmasslichen Erlös einzusetzen. Dabei ist der Möglichkeit, das Unternehmen ganz oder partienweise zu veräussern und damit den immateriellen Geschäftswert zu erhalten, Rechnung zu tragen. Die Liquidatoren können je nach der Dauer der Liquidationstätigkeit zur Erstellung weiterer Bilanzen in gewissen Zeitabständen (z. B. monatlich, halbjährlich) verpflichtet werden. Falls sich die Auflösung länger hinzieht, wird die Vorschrift der Erstellung einer jährlichen Zwischenbilanz gemäss Art. 743, Abs. 5 OR. zwingend. Diese Bilanzen sind den Gesellschaftern zur Kenntnis zu bringen. Die Frage der Genehmigungspflicht ist umstritten. *Janggen-Becker* bejaht sie, da seines Erachtens ein gesetzlicher Grund für eine gegenteilige Auffassung fehle. Zeigt sich auf Grund der Liquidationseröffnungsbilanz und des Schuldenrufes eine Überschuldung der Gesellschaft, so haben auch die Liquidatoren der GmbH. den Richter zu benachrichtigen, der über die Eröffnung des Konkurses zu entscheiden hat.

2. Schuldenruf:

Alle der GmbH. bekannten und unbekannten Gläubiger sind in der gesetzlich und statutarisch vorgeschriebenen Form über die Auflösung

³⁹⁾ *Janggen-Becker*, Komm. GmbH., Seite 228 ff.

der Gesellschaft in Kenntnis zu setzen und zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern (Art. 742, Abs. 2 OR.).

3. Verwertung der Aktiven:

Es liegt im Ermessen der Liquidatoren, die Aktiven einzeln zu veräußern oder zweckmässigerweise das Unternehmen als Ganzes zu veräußern. Die Befugnis des freihändigen Verkaufes steht ihnen gemäss Art. 743, Abs. 4 OR. ausdrücklich zu, sofern die Gesellschafterversammlung nichts anderes angeordnet hat. Besteht ein Aufsichtsrat, so kann er sich die Genehmigung einer solchen Veräußerung vorbehalten. Es hängt schliesslich von den Besonderheiten des einzelnen Falles ab, ob die Liquidation des Unternehmens sofort oder später, auf einmal oder stufenweise durchgeführt werden soll. Obwohl nach Art. 743, Abs. 1 OR. die Liquidatoren primär darauf bedacht sein müssen, die schwebenden Geschäfte zu Ende zu führen, ist es vielfach unumgänglich, dass sie im Interesse einer ordnungsgemässen und den Verhältnissen entsprechenden Lösung ihrer Aufgabe neue Verträge eingehen. So kann beispielsweise die Natur des Unternehmens den Abschluss von Miet- oder Pachtverträgen bedingen. Gestützt auf Art. 743 OR. sind die mit der Liquidation der GmbH. beauftragten Personen verpflichtet, die Gesellschaft in den zur Liquidation stehenden Rechtsgeschäften zu vertreten und für sie Prozesse zu führen.

4. Tilgung der Verbindlichkeiten:

Die Liquidatoren der GmbH. haben für die Erfüllung der fälligen Verbindlichkeiten zu sorgen. Haben der Gesellschaft bekannte Gläubiger die Anmeldung ihrer Forderungen unterlassen, so ist nach Art. 744, Abs. 1 OR. der entsprechende Betrag gerichtlich zu hinterlegen, es sei denn, dass den Gläubigern in anderer Weise für ihre streitigen oder nicht fälligen Ansprüche gleichwertige Sicherheit geleistet oder die Verteilung des Gesellschaftsvermögens bis zur Erfüllung oder Entscheidung ausgesetzt wird.

5. Feststellung und Einzug der Haftungssummen der Gesellschafter:

Entsprechend der Eigenart der GmbH. als Mittelform zwischen der AG. und der Kollektivgesellschaft ist es Aufgabe der Liquidatoren, in sinngemässer Anwendung von Art. 743 OR., die Haftungssummen, sowie allfällig statutarisch festgelegte, aber noch ausstehende Nachschüsse

einzufordern, soweit diese zur vollen Befriedigung der Gläubiger und zur Durchführung der Liquidation erforderlich sind.

6. Die Schlussabrechnung und Verteilung des Gesellschaftsvermögens:

Beide richten sich ebenfalls nach den aktienrechtlichen Vorschriften. Demgemäss darf die Verteilung eines allfälligen Liquidationsüberschusses in der Regel nicht vor Ablauf der Sperrfrist, d. h. eines Jahres nach der dritten Bekanntmachung im Schweiz. Handelsamtsblatt und nicht vor Tilgung sämtlicher Schulden stattfinden. Bei Erfüllung genau vereinbarter Bedingungen, wie z. B. die Leistung bestimmter Sicherheiten kann der Richter eine teilweise, vorzeitige Verteilung des Liquidationsüberschusses zulassen.

Nach Ablauf der Sperrfrist und Tilgung sämtlicher Verbindlichkeiten kann die Gesellschaft de facto als aufgelöst betrachtet werden. Die Beauftragten erstellen nach erfolgter Liquidation in der Regel eine Schlussabrechnung mit einem erläuternden Bericht und verteilen das verbleibende Reinvermögen unter die Gesellschafter, gestützt auf Art. 745 OR. im Verhältnis ihrer einbezahlten Anteile, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen. Der Liquidator, bzw. die Liquidatoren können nach Ausführung ihres Auftrages bei diesem Anlass Entlastung verlangen. Bei fahrlässiger oder absichtlicher Verletzung der gesetzlichen und statutarischen Liquidationsvorschriften, die einen nachweisbaren Schaden für die Gesellschaft zur Folge hat, kann der Liquidator zur Rechenschaft gezogen werden. Er haftet jedoch den Gläubigern nur nach den Bestimmungen über die Verantwortlichkeit bei der AG. (vgl. Art. 827 in Verbindung mit Art. 752/61 OR.), wenn diese nicht volle Deckung erhalten haben.

7. Löschung der Firma und Aufbewahrung der Geschäftsbücher:

In Anwendung von Art. 747 OR. haben auch die Liquidatoren der GmbH. nach beendigter Liquidation das Erlöschen der Firma beim Handelsregisteramt anzumelden. Mit der Löschungseintragung ins Handelsregister, die nach Art. 938 OR. erfolgt, hat die Gesellschaft auch de jure zu bestehen aufgehört. Die Liquidatoren haben im Sinne von Art. 747 OR. dafür zu sorgen, dass die Geschäftsbücher an einem sicheren Orte für die Dauer von zehn Jahren vom Lösungsdatum an aufbewahrt werden. Nach *Janggen-Becker*⁴⁰⁾ bezieht sich diese Vor-

⁴⁰⁾ *Janggen-Becker*, Komm. GmbH. zu Art. 823, N. 24.

schrift auf diejenigen Bücher, deren Führung nach Art. 957 OR. obligatorisch ist, was jeweils von der besonderen Art und dem Umfang des Geschäftsbetriebes, sowie von der Eigenart des Buchführungssystems abhängt. Zu den aufbewahrungspflichtigen Akten der GmbH. gehört u. a. jedenfalls das Anteilbuch entsprechend dem Namensaktienbuch der AG.

Obschon das Gesetz der GmbH. keinen ausdrücklichen Hinweis auf das Aktienrecht enthält, können unseres Erachtens Verhältnisse, die bei einer AG. zu einer Fusion mit einer anderen juristischen Person oder zur Übernahme durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts führen, auch bei der GmbH. praktisch eintreten. Beispielsweise wäre es denkbar, dass eine GmbH. ein Kraftwerk erstellt, das später von einem Gemeinwesen übernommen werden soll. Nach *Janggen-Becker* scheint kein stichhaltiger Grund gegen die Annahme zu bestehen, dass unter gleichen Voraussetzungen Art. 751 OR. sinngemäss Anwendung findet. Denn nach Ansicht des wiederholt zitierten Kommentators der GmbH. ist nicht einzusehen, warum die Gläubiger einer AG. sich unter den im Gesetz verankerten Bedingungen mit der Übernahme des Vermögens ohne Rücksicht auf die Liquidationsvorschriften abfinden müssen, dagegen nicht auch die Gläubiger einer GmbH. Die Interessen der Gläubiger sind seines Erachtens genügend gewahrt durch die Vorschrift, dass der bezügliche Beschluss den Erfordernissen eines Auflösungsbeschlusses entsprechen muss und vor dem Richter angefochten werden kann.

c) Die Einmann-GmbH.

Nach den gesetzlichen Bestimmungen bedarf es zur Bildung einer AG. wenigstens drei (Art. 625, Abs. 1 OR.), für die Entstehung einer GmbH. mindestens zwei Gründer (Art. 775, Abs. 1 OR.), d. h. Aktionäre, bzw. Gesellschafter. Ohne diese Mindestzahl von Personen kann weder die AG., noch die GmbH. entstehen und selbst ein diesbezüglicher Mangel könnte nicht durch die Eintragung im Handelsregister als geheilt betrachtet werden⁴¹⁾. Aber auch für den Weiterbestand der Gesellschaft ist diese Mindestzahl von solcher Bedeutung, dass beim Herabsinken unter dieses Minimum ein Grund zur Auflösungsklage gegeben ist⁴²⁾ (Art. 625, Abs. 2, bzw. Art. 775, Abs. 2 OR.). Dieses gesetzliche Erfordernis einer tatsächlichen Mindestzahl von natürlichen oder juri-

⁴¹⁾ *Hery*, Seite 95.

⁴²⁾ *Hery*, Seite 95.

stischen Personen schliesst aber die Möglichkeit nicht aus, zur Gründung und auch später, wenn nötig, sogenannte Strohleute beizuziehen, denn in der Bildung eines neuen Rechtssubjektes mit beschränkter Haftung liegt zunächst das Ziel einer Mehrheit von Gründern. Diese Mehrheit kann nach der Entstehung der Gesellschaft wieder verschwinden. Deren Existenz wird dadurch nicht gefährdet. Die Strohleute, die sich lediglich als Mittel zum Zweck zur Verfügung gestellt haben, treten dann die auf Grund der rechtlichen Gesellschaftsgründung erworbenen Aktientitel oder Gesellschaftsanteile gemäss vorgängiger Abmachung⁴³⁾ ihrem Auftraggeber ab, so dass überhaupt nur noch dieser als einziger Aktionär oder Gesellschafter verbleibt, und für sein neu gegründetes Unternehmen die erstrebte, beschränkte Haftung erlangt hat. Damit ist die in unserem Gesetz selbst nicht enthaltene, aber in der Praxis wohl bekannte Einmann-Gesellschaft kreiert⁴⁴⁾. Diese tritt sowohl als Einmann-AG., als auch als Einmann-GmbH. in Erscheinung. Der Gesetzgeber wollte offenbar durch die Aufnahme von Art. 775, Abs. 2 OR., der gleich wie Art. 625, Abs. 2 OR. eine Mindestzahl der Gesellschafter als wesentliches, gesetzliches Erfordernis für die Gründung der Gesellschaft vorschreibt, die nachträgliche Bildung der Einmann-Gesellschaft, angesichts der vielfach stärker wirkenden Verhältnisse, nicht vollständig verunmöglichen. Denn der Tatbestand allein, dass alle Gesellschaftsanteile in einer Person vereinigt sind, und nicht mehr eine tatsächliche, sondern nur noch eine ideelle (in der Mehrheit der Titel bestehende) Majorität vorhanden ist, gibt noch keine Veranlassung, die Gesellschaft als aufgelöst zu erklären⁴⁵⁾. Die Gesellschaft lebt weiter, bis ein Gesellschafter oder Gläubiger ein Auflösungsbegehren an den Richter stellt, der erst auf Grund eines solchen Antrages die Auflösung verfügen kann. Dabei ist er jedoch zunächst verpflichtet, der beklagten Gesellschaft eine angemessene Frist anzusetzen, damit sie den gesetzesmässigen Zustand wieder herstellen kann. Es klingt wenig wahrscheinlich, dass der einzige Gesellschafter selbst beim Richter die Auflösung der Gesellschaft beantragen wird. Auch die Gläubiger werden vom Recht der Auflösungsklage in den wenigsten Fällen Gebrauch machen, sofern die Gesellschaft in der Geschäftswelt Vertrauen geniesst und ihren Verpflichtungen ordnungsgemäss nach-

⁴³⁾ *Schneebeli*, Seite 129.

⁴⁴⁾ *Lichtenstein*. Personen- und Gesellschaftsrecht von 1926, Art. 834 ff. und 637 ff. Ferner wird sie vom deutschen und italienischen Recht prinzipiell anerkannt.

⁴⁵⁾ *Sieglwart*, Seite 11 und 13, *Goldschmidt*, Seite 140, *Fehr*, Seite 18, *Schneebeli*, Seite 235, *Sten. Bull. StR.* 1935, Seite 83, *NR.* 1935, Seite 164.

kommt⁴⁶⁾). Selbst wenn von dieser Seite ein Auflösungsbegehren gestellt werden und der Richter der Gesellschaft pflichtgemäss Frist zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes angesetzt haben sollte, kann der einzige Gesellschafter, gleich wie der alleinige Inhaber sämtlicher Aktien notfalls mit Hilfe von Stroh Männern der richterlichen Forderung gerecht werden. Der ergebnislose Fristablauf schliesst indessen nicht ohne weiteres die Verpflichtung für den Richter in sich, die Auflösung der Gesellschaft zu verfügen. Denn besondere Gründe können auch für die Abweisung der Klage des Gläubigers sprechen, so z. B. wenn das Unternehmen vorübergehend still steht und die Weiterführung der Geschäftstätigkeit in Frage gestellt ist, oder wenn eine Liquidation im gegebenen Zeitpunkte als sehr verlustbringend erscheint.

Somit darf, wie *Thalmann* zutreffend erklärt hat⁴⁷⁾, dem in Art. 625, Abs. 2 bzw. Art. 775, Abs. 2 OR. normierten Recht der Auflösungsklage keine übertriebene Bedeutung beigemessen werden. In der Tat anerkennen sowohl die Gerichts-, als auch die Geschäftspraxis, sowie die Literatur⁴⁸⁾ praktisch die Einmann-Gesellschaft, so dass ihre Zulässigkeit nicht mehr in Frage steht. In diesem Zusammenhang verdient eine private, in Nr. 176 der „Neuen Zürcher Zeitung“ vom 29. Januar 1930 erschienene Statistik erwähnt zu werden, laut welcher 371 Neugründungen, d. h. nahezu die Hälfte aller Neugründungen des Jahres 1929 in AG.-Form, Einmann-Gesellschaften waren. Diese bemerkenswerte Erscheinung leistete zweifellos der Ansicht Vorschub, dass die Einführung einer anderen, den kleineren Kapitalverhältnissen angepassten Gesellschaftsform mit beschränkter Haftung einem wirklichen Bedürfnis entspreche. Die Vermutung liegt nahe, dass sich eine grosse Anzahl von GmbH.'s nach vorschriftsgemässer Erfüllung der Gründungsvorschriften zur Einmann-Gesellschaft umwandelt.

2. Die Statuten

Im Gegensatz zu den Personengesellschaften fusst die GmbH., trotz ihres teilweise ausgeprägt individualistischen Charakters, nicht auf einem Gesellschaftsvertrage, sondern wie die AG. auf den bei der

⁴⁶⁾ *Goldschmidt*, Seite 141, *Sten. Bull. StR. 1931*, Seite 357, *Meyer-Wild*, SJZ. 25, Seite 76, *Egger* (GmbH. Sep.) Seite 29, *Hug*, Seite 25.

⁴⁷⁾ *Thalmann*, *Sten. Bull. StR. 1931*, Seite 357.

⁴⁸⁾ *Fehr*, Seite 95 ff., *Schneebeli*, Seite 235 ff., *Hug*, Seite 25, BGE. 45 II 36, 50 II 176, 64 II 364.

Gründung aufgestellten Statuten. Die Zustimmung zu den durch notarielle Beurkundung errichteten Statuten, die das Fundament der GmbH. bilden, qualifiziert sich rechtlich nicht etwa als Vertragsabschluss, sondern als einseitige Willenserklärung der Gesellschafter, die sowohl gegenüber den Gründern und Mitgesellschaftern, als auch gegenüber den zukünftigen Gläubigern der Gesellschaft wirkt. Der Eintritt eines neuen Gesellschafters in die GmbH. erfordert daher ebensowenig wie die Beteiligung eines weiteren Aktionärs an der AG. eine Ergänzung eines bestehenden oder den Abschluss eines neuen Gesellschaftsvertrages, wie dies bei den Personengesellschaften der Fall ist.

Für die Aufstellung der Statuten gelten die allgemeinen Vorschriften über die Gründung der GmbH. Deren Ausarbeitung erfolgt in der Regel durch die geschäftsführenden Organe. Wir unterscheiden in Übereinstimmung mit dem Aktienrecht (vgl. Art. 626, bzw. Art. 776 OR.) einerseits einen gesetzlich vorgeschriebenen Statuteninhalt, welcher in erster Linie die Gewährleistung eines angemessenen Gläubigerschutzes bezweckt, und andererseits fakultative Bestimmungen (vgl. Art. 627, bzw. Art. 777 OR.), die sich meist nach der Natur des Unternehmens richten.

a) Gesetzlich vorgeschriebener Inhalt

Der aktienrechtliche Einfluss tritt auch in diesem Abschnitt klar hervor, indem folgende Punkte auch für die Satzungen der GmbH. zwingenden Charakter haben:

1. die Firma und der Sitz der Gesellschaft,
2. der Gegenstand des Unternehmens,
3. die Höhe des Stammkapitals und der Betrag der Stammeinlage jedes Gesellschafters,
4. die Form der von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen.

Die Anlehnung der GmbH. an das Aktienrecht in den oben erwähnten Punkten kann überdies anhand folgender Erläuterungen bekräftigt werden:⁴⁹⁾

Zu Ziffer 1 ist zu bemerken, dass die Firma der GmbH. unter Berücksichtigung der beiden Grundsätze der Firmenwahrheit und Firmenklarheit nach freiem Belieben gewählt werden kann; sowohl Personen-, wie Sachfirmen sind zulässig. Unter allen Umständen muss die Gesellschaftsart durch den Zusatz: „Gesellschaft mit beschränkter

⁴⁹⁾ Th. Guhl, Recht der GmbH. in der Schweiz, Seite 12.

Haftung“ oder „GmbH.“, der für diese Gesellschaftsform unerlässlich ist, kenntlich gemacht werden (Art. 949 in Übereinstimmung mit Art. 950 OR.). Es entspricht einer auch in andern Ländern weit verbreiteten Gewohnheit, den Zusatz nicht auszuschreiben, sondern durch die Abkürzung „G. m. b. H.“ oder sogar „GmbH.“ zu ersetzen⁵⁰). Dieser gesetzlich vorgeschriebene Zusatz verfolgt den Zweck, einerseits eine Verwechslung mit anderen Gesellschaftsformen auszuschliessen und andererseits auf die Beschränkung der Haftung hinzuweisen.

Der Sitz der GmbH. kann desgleichen nach Belieben bestimmt werden. Das Gesetz folgt hier dem bei juristischen Personen allgemein anerkannten Grundsatz der freien Wahl des Sitzes und weicht damit vom Recht der Kollektivgesellschaft ab, die ihren Sitz am Standort des Unternehmens haben muss. Bei der GmbH. darf in Übereinstimmung mit dem Aktienrecht der Sitz auch an einen andern Ort verlegt werden, was in gewissem Umfang die Berücksichtigung der Steuergesetzgebungen der einzelnen Kantone erlaubt. Wird von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, so ist bei der Handelsregister-Eintragung am Ort des statutarischen Sitzes der Ort des Geschäftsdomizils anzugeben und ausserdem hat die Geschäftsführung der GmbH. das Handelsregisteramt am Orte des Geschäftsdomizils hievon zu benachrichtigen. Ferner kann auch, wenn hiefür ein Bedürfnis vorliegt, analog der AG., neben diesem statutarisch bestimmten Hauptsitz am Ort des Geschäftsbetriebes eine Zweigniederlassung in das Handelsregister eingetragen werden, wodurch für Klagen aus diesem Geschäftsbetrieb ein besonderer Gerichtsstand begründet wird (Art. 782 analog Art. 642 OR.).

Was den Gegenstand des Unternehmens anbelangt, sei unter Hinweis auf die Darlegungen an andrer Stelle⁵¹) wiederholt, dass der Zweck ein wirtschaftlicher sein muss. Sogenannte ideelle Zwecke sind für die schweizerische GmbH. unzulässig⁵²). Auf eine weitere Interpretierung

⁵⁰) Es sei hier auf eine Sonderheit des französischen Gesetzes hingewiesen, das nicht nur die ungekürzte Beifügung des Zusatzes „Société à responsabilité limitée“, sondern auch die Angabe des Stammkapitals in der Firma verlangt.

⁵¹) Siehe Seite 9.

⁵²) Das *deutsche* GmbH.-Gesetz lässt alle Zwecke zu, die keinem gesetzlichen Verbot unterliegen oder gegen die guten Sitten verstossen; also auch den ideellen Zweck. Eine Beschränkung besteht für Versicherungsgesellschaften. Nach *französischem* Gesetz können GmbH.'s für jeden beliebigen Zweck errichtet werden. Jedoch sind Versicherungsgesellschaften, sowie Kapitalisierungs- und Sparvereinigungen ausgeschlossen. Das *österreichische* Gesetz gestattet alle gesetzlich zulässigen Zwecke, schliesst jedoch Versicherungsgesellschaften und politische Verbände aus. (Vgl. auch Art. 52, Abs. 3 ZGB.)

von Ziff. 2 kann somit füglich verzichtet werden. Ziff. 3 ist dahingehend zu präzisieren, dass die Höhe des Stammkapitals der GmbH. analog dem Grundkapital der AG. durch die Statuten im voraus bestimmt sein muss. Sinngemässe Anwendung findet auch die aktienrechtliche Vorschrift, wonach die Gesellschaftsanteile oder Stammeinlagen in den Statuten genannt sein müssen, obschon die Bestimmung, wonach jeder Gesellschafter nur über eine Stammeinlage verfügen darf, ebenso deutlich den individualistischen Charakter der GmbH. unterstreicht.

b) Fakultative Statutenbestimmungen

Im Gegensatz zu den sog. Essentialia, die in die Statuten laut zwingendem Recht aufgenommen werden müssen, stehen die fakultativen Bestimmungen, deren Aufnahme nach dispositivem Recht im Ermessen der Gründer liegt. Diese weiteren Bedingungen werden indessen ebenfalls zum obligatorischen Statuteninhalt erhoben, sofern die Gesellschafter überhaupt verbindliche Anordnungen über die im Gesetz (Art. 777 OR.) aufgeführten 11 Punkte treffen wollen. Das Gesetz der GmbH. lehnt sich hier grundsätzlich an das Aktienrecht an, wenn sich auch die einzelnen Punkte im Hinblick auf die den beiden Gesellschaftsformen anhaftenden Sondermerkmale verständlicherweise nicht in allen Teilen decken können. Lediglich mit Bezug auf die folgenden Bestimmungen lässt sich zwischen Art. 627 und 777 OR., welche den fakultativen Statuteninhalt der AG., bzw. der GmbH. zum Gegenstand haben, eine Ubereinstimmung feststellen:

1. In den Bestimmungen über Konventionalstrafen bei nicht rechtzeitiger Erfüllung der Einzahlungspflicht (Art. 777, Ziff. 1 analog Art. 627, Ziff. 6).
2. In der Erhöhung des gesetzlichen Mindestbetrages der auf jede Stammeinlage zu leistenden Einzahlung (Art. 777, Ziff. 1 analog Art. 627, Ziff. 5).
3. Im Versprechen von Bauzinsen (Art. 777, Ziff. 8 analog Art. 627, Ziff. 3).
4. In der Begrenzung der Dauer des Unternehmens (Art. 777, Ziffer 10 analog Art. 627, Ziff. 4).

Diese wenigen, gemeinsamen Berührungspunkte lassen die Schlussfolgerung zu, dass der Gesetzgeber im fakultativen Statuteninhalt ganz allgemein den individualistischen Grundzügen der GmbH. Rechnung

tragen wollte. Im Sinne einer Bestätigung soll an dieser Stelle hervor-
gehoben werden, dass auch *Guhl*⁵³⁾ bezüglich der unter Ziff. 1 hievor
erwähnten Bestimmungen eine Parallele mit dem Aktienrecht zieht,
indem er folgendes ausführt:

„Die Folgen nicht rechtzeitiger Erfüllung der Einzahlungspflicht werden zum Teil
durch das Gesetz, zum Teil durch die Statuten bestimmt. Von Gesetzes wegen schuldet
der säumige Gesellschafter *Verzugszinsen*; die ursprünglichen, d. h. die bei der Grün-
dung der Gesellschaft aufgestellten Statuten können ausserdem die Pflicht zur Zahlung
einer *Konventionalstrafe* vorsehen (Art. 799, Abs. 1 OR.). Doch reichen beide Sank-
tionen nicht aus, um die Interessen der Gesellschaft zu wahren. Daher treten unter
Umständen noch folgende Verschärfungen hinzu:

a) Die Gesellschaft kann den säumigen Gesellschafter durch eingeschriebenen Brief
zur Zahlung auffordern und nach angemessener Frist diese Aufforderung wiederholen.
Mit dieser 2. Mahnung können die Ansetzung einer neuen Frist von mindestens einem
Monat und die Androhung verbunden werden, dass der Gesellschafter nach unbe-
nütztem Ablauf dieser Nachfrist aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird. Wird der
Ausschluss ausgesprochen, so verliert der säumige Gesellschafter zwar seine Rechte
aus der Mitgliedschaft, insbesondere die bereits geleisteten Einzahlungen, bleibt jedoch
trotzdem für den nicht einbezahlten Betrag seiner Stammeinlage haftbar (Art. 799,
Abs. 2 OR.). Dieses Vorgehen beim Ausschluss eines Gesellschafters entspricht dem
Kaduzierungsverfahren im Aktienrecht. Man wird jene zum Teil im Gesetz ausge-
sprochenen, zum Teil von der Praxis entwickelten Grundsätze auch auf die GmbH.
anwenden dürfen.“

Es darf überdies nicht übersehen werden, dass die wichtigste Vor-
schrift unter den gesetzlichen Bestimmungen über den fakultativen
Statuteninhalt der GmbH. in Art. 778 OR. enthalten ist, der beinahe
wörtlich vom Aktienrecht (vgl. Art. 628 OR.) übernommen wurde und
sich auf die Sacheinlagen und die Übernahme von Vermögenswerten
bezieht. Wie im früheren schweiz. Aktienrecht diese sog. qualifizierte
Gründung gelegentlich zu Betrügereien ausgenützt wurde, hat man in
ausländischen Gesetzen auch bei der GmbH. Missbräuche in der Gestalt
festgestellt, dass überbewertete Unternehmungen, wertlose Patente und
Erfindungen in die Gesellschaft eingebracht wurden. Angesichts dieser
unliebsamen Erfahrungen sind die Schutzvorschriften des neuen Aktien-
rechtes auch für die GmbH. aufgestellt worden, wenigstens soweit als
eine Gleichbehandlung angezeigt erschien. Das Gesetz verlangt deshalb
die Aufnahme aller wünschenswerten Angaben über Sacheinlagen und
Vermögensübernahmen in die Statuten.

⁵³⁾ *Th. Guhl*, Das Recht der GmbH. in der Schweiz, Seite 30 f.

c) Änderungen

Zur Änderung der Statuten der GmbH. (vgl. Art. 784 OR.) bedarf es in sinngemässer Übereinstimmung mit dem Aktienrecht (Art. 647 OR.) eines Gesellschafterbeschlusses. Für die GmbH. gilt dazu die besondere Vorschrift, dass für das Zustandekommen dieses Beschlusses, ohne anderslautende Anordnung der Statuten, eine Mehrheit von $\frac{3}{4}$ sämtlicher Mitglieder, die mindestens $\frac{3}{4}$ des Stammkapitals vertreten, erforderlich ist. Jede Statutenänderung bedingt die Errichtung einer öffentlichen Urkunde. Sie ist in gleicher Weise wie die Gründungsstatuten beim Handelsregisteramt anzumelden und einzutragen. Während diese ordnungsgemässe Meldung bei der AG. der Verwaltung obliegt, hat sie bei der GmbH. sinngemäss durch die Geschäftsführung zu geschehen. Mit der Eintragung im Handelsregister wird die Statutenänderung sowohl unter den Gesellschaftern, als auch gegenüber Dritten wirksam (Art. 647, Abs. 3, bzw. Art. 785, Abs. 2 OR.).

II. DER AKTIENRECHTLICHE EINFLUSS AUF DIE WILLENSBILDUNG

Die GmbH. hält im Einklang mit ihrer allgemeinen Konzeption auch mit Bezug auf den Aufbau ihrer Organisation eine Mittelstellung zwischen den beiden Gegenpolen der im Wirtschaftsleben vertretenen Gesellschaftsformen. Dieses noch junge, handelsrechtliche Zwischengebilde, das sowohl die Vorteile der persönlichen Einflussnahme auf die Geschäftsführung kennt, als auch „die Wohltat der beschränkten Haftung genießt“⁵⁴⁾, kann sich dank dem vom Gesetzgeber gewährten Spielraum eine wesentlich freiere Gestaltung der Organisation erlauben, als dies bei der rein kapitalistisch orientierten AG. möglich ist.

Als juristische Person muss indessen auch die GmbH. über Organe verfügen, die sie zur Teilnahme am Rechtsverkehr befähigen. Ihre Struktur fusst denn auch im Prinzip weitgehend auf dem Aktienrecht. Immerhin wird den Statuten, um dem bald individualistischen, bald kapitalistischen Charakter Rechnung zu tragen, bedeutende Bewegungsfreiheit in der organischen Ausgestaltung eingeräumt. Nach *Janggen-Becker*⁵⁵⁾ bedarf es von Gesetzes wegen folgender drei Organe:

- a) der Gesellschaftsversammlung,
- b) der Geschäftsführung,
- c) der Kontrollstelle.

Daraus geht hervor, dass der organische Aufbau der GmbH. demjenigen der AG. entspricht, wenn wir die Generalversammlung der Aktionäre und die Geschäftsführung der Verwaltung gleichsetzen. Die gesetzliche Notwendigkeit einer Kontrollstelle vermögen wir indessen nicht zu erkennen. Nach Art. 819 OR. handelt es sich hier vielmehr um eine rein fakultative Bestimmung, denn es bleibt schliesslich den Statuten vorbehalten, statt der unter Absatz 1 dieses Artikels erwähnten Kontrollbefugnis der nicht geschäfts-

⁵⁴⁾ *Feine*, die GmbH. In Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts, 3. Band, III. Abteilung.

⁵⁵⁾ *Janggen-Becker*, Komm. GmbH. zu Art. 808, Seite 160.

führenden Gesellschafter eine besondere Kontrollstelle einzusetzen, der auch die Prüfung der ordnungsgemässen Führung des Anteilbuches obliegt. Die von *Janggen-Becker* verfochtene Theorie einer zwingenden dreigliedrigen Organisation steht unseres Erachtens im Widerspruch zur Struktur der GmbH., die sich mit einer gesetzlich vorgeschriebenen Mindestzahl von zwei Personen konstituieren kann (Art. 772 OR.).

1. Die Gesellschafterversammlung und ihre Abarten

Die Funktion der Willensbildung in der GmbH., die in diesem Kapitel behandelt werden soll, fällt der Gesellschafterversammlung zu. Sie stellt das oberste Organ der Gesellschaft dar (Art. 808 OR.) und nimmt folglich dieselbe Stellung ein wie die Generalversammlung der Aktionäre bei der AG. Wohl besteht eine nicht unwesentliche Abweichung darin, dass im Sinne von Art. 811 OR. grundsätzlich allen Gesellschaftern der GmbH. die gleiche Berechtigung und Verpflichtung zur Geschäftsführung zustehen. Nicht nur kann ein Mitglied in die Verwaltung gewählt werden wie bei der AG. (Art. 707, Abs. 1/2 OR.), sondern es sind alle Mitglieder im Momente der Entstehung *eo ipso* Geschäftsführer. Erst durch einen ausdrücklichen Verzicht einer Gruppe von Gesellschaftern, welcher in den Statuten niedergelegt werden muss, wird unterschieden zwischen Gesellschaftern, welche ihre Interessen nur in der Gesellschafterversammlung vertreten und solchen, die neben dieser gewöhnlichen Gesellschafterstellung auch noch als Geschäftsführer wirken. Je zahlreicher die nicht-geschäftsführenden Mitglieder vorhanden sind, umso ausgeprägter ist die Trennung zwischen der Gesellschafterversammlung als Willensbildungsorgan und der Geschäftsführung als Willensverwirklichungsorgan. Parallel kommt auch die Vorrangstellung der Gesellschafterversammlung als oberstes Organ der GmbH. stärker zur Geltung und bestätigt auch in dieser Hinsicht die bemerkenswerte Ähnlichkeit dieser Gesellschaftsform mit der AG.

Die Einberufung der ordentlichen Gesellschafterversammlung hat in der Regel ebenfalls alljährlich innerhalb von sechs Monaten nach Schluss des Geschäftsjahres zu erfolgen (Art. 809, Abs. 1 OR.). Ausserdem können die Gesellschafter nach Massgabe der Statuten und so oft es im Interesse der Gesellschaft als erforderlich erscheint, zusammen treten. Eine wörtliche Übereinstimmung treffen wir wiederum zwischen Art. 809, Abs. 1 und Art. 699, Abs. 3 OR. an, indem gemäss den

gleichlautenden Bestimmungen das Organ der Willensbildung von einem oder mehreren Mitgliedern, die zusammen mindestens den zehnten Teil des Grund-, bzw. des Stammkapitals vertreten, schriftlich unter Angabe des Zweckes, einberufen werden kann. Die Verwaltung, bzw. die Geschäftsführung als Exekutive ist verpflichtet, diesem Begehren der Minderheit Folge zu geben, ansonst der Richter auf Antrag der Minderheit die Einberufung anzuordnen hat (Art. 699, Abs. 4, bzw. Art. 809, Abs. 2 OR.). Diesem Einberufungsrecht, das dem Schutze der Minderheit dient, kommt zwingender Charakter zu, indem die Statuten diese Bestimmung weder aufheben noch erschweren können. Dagegen können sie es auch einer kleineren Minderheit oder jedem einzelnen Gesellschafter verleihen.

Den Mitgliedern der GmbH. wird, wie übrigens auch denjenigen der AG., neben der regulären Gesellschafterversammlung das Recht auf Durchführung einer Universalversammlung zugebilligt⁵⁶⁾ (Art. 809, Abs. 5 OR.). Die Vorschriften über die Einberufung dieser Versammlung entsprechen wiederum grosso modo jenen der AG., mit dem einzigen Unterschied, dass diese, falls die Statuten dafür keine bestimmte Form vorgeschrieben haben, durch eingeschriebenen Brief geschehen muss.

Haben sich schliesslich sämtliche Gesellschafter zu einer gemeinsamen Besprechung eingefunden und erhebt keiner Einspruch, so können sie ebenfalls eine Gesellschafterversammlung abhalten und gültige Gesellschaftsbeschlüsse über alle in den Geschäftsbereich der Versammlung fallenden Gegenstände fassen, ohne an die Formvorschriften über das Einberufungsverfahren gebunden zu sein (Art. 809, Abs. 4 OR.).

Für die Universalversammlung, sowie die normalerweise einberufene Gesellschafterversammlung gelten die aktienrechtlichen Bestimmungen über die Führung eines ordentlichen Protokolls. Dieses Erfordernis stützt sich auf die gesetzliche Vorschrift, welche eine Anfechtung der Gesellschaftsbeschlüsse vorsieht und hierfür sich ebenfalls auf das Aktienrecht stützt.

Eine dritte Möglichkeit der Beschlussfassung besteht bei der GmbH., in Abweichung zur AG., in der schriftlichen Abstimmung, auch Urabstimmung genannt. Diese Regelung wurde namentlich mit Rücksicht auf mittlere und kleinere Unternehmungen aufgenommen und ist von Gesetzes wegen nur zulässig, wenn und soweit sie in den Statuten vorgesehen ist. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, dass nach dem schweizerischen Recht, wie nach § 48 des deutschen Gesetzes, eine

⁵⁶⁾ Vgl. Sten. Bull. 1931, Seite 631.

schriftliche Abstimmung auch sonst verbindlich ist, wenn im betreffenden Falle alle Gesellschafter (nicht nur diejenigen, die an der Abstimmung teilnehmen) sich mit dem schriftlichen Verfahren einverstanden erklärten. Die Statuten können die schriftliche Abstimmung für alle Gegenstände der Beschlussfassung oder neben unwichtigen auch für einzelne wichtige Geschäfte vorschreiben. *Janggen-Becker*⁵⁷⁾ hält es dabei für angezeigt, „dass jedem Gesellschafter oder der Vertretung eines bestimmten Teiles des Stammkapitals das Recht verliehen wird, in allen oder in besonderen Fällen Einsprache zu erheben und die Abhaltung einer Versammlung und eine Abstimmung zu verlangen. Andernfalls hat der einzelne Gesellschafter kein Recht, anstelle einer statutarisch vorgeschriebenen, schriftlichen Abstimmung die Einberufung einer Versammlung zur Beratung und nachherigen Beschlussfassung zu fordern“.

Selbst wenn statutengemäss die Beschlussfassung nur durch schriftliche Abstimmung zu erfolgen hat, bleibt die Institution der Gesellschafterversammlung der GmbH. besonderen Zwecken vorbehalten, z. B. um ihr Mitteilungen zu machen, die schriftlich nicht gegeben werden sollen, oder für Verhandlungen, die noch keine Beschlussfassung erfordern oder wenn eine Minderheit gemäss Art. 809 OR. die Einberufung einer Versammlung anbegehrt (vgl. Art. 809 analog Art. 699 OR.).

Die Gesellschafterversammlung tagt in der Regel, gleich der Generalversammlung der AG. am statutarisch festgelegten Ort, der nicht unbedingt mit dem Sitz der Gesellschaft übereinstimmen muss. Es entspricht jedoch den Gepflogenheiten und der Bedeutung des Sitzes, dass sich das oberste Organ eben dort versammelt. Dem einberufenden Organ, d. h. der Geschäftsführung der GmbH., bzw. der Verwaltung der AG. bleibt es indessen anheimgestellt, unter gebührender Rücksichtnahme auf die Wohnsitze der Mitglieder den Versammlungsort periodisch zu wechseln.

Hinsichtlich der Leitung der Gesellschafterversammlung richtet sich die Praxis desgleichen nach den bei der AG. geltenden Regeln, d. h. die Geschäftsführung übernimmt analog der Verwaltung den Vorsitz. Diese Regel schliesst jedoch die Möglichkeit nicht aus, dass gemäss den Statuten oder einem Gesellschafterbeschluss eine besondere Leitung ad hoc bestellt wird.

Die Gesellschafterversammlung fasst ihre Beschlüsse vorbehältlich anderer gesetzlicher oder statutarischer Bestimmungen, gleich der

⁵⁷⁾ *Janggen-Becker*, Komm. GmbH. Art. 808, N. 7 und 8.

Generalversammlung der AG. mit der absoluten Mehrheit der abgegebenen Stimmen (vgl. Art. 808, Abs. 2 analog Art. 703 OR.).

2. Die Befugnisse der Gesellschafterversammlung

Die Befugnisse der Gesellschafterversammlung decken sich, bei Ausserachtlassung der Sonderheiten der GmbH. mit Bezug auf Nebenleistungen und die Einforderung statutarischer Nachschüsse, im Wesentlichen mit denjenigen der Generalversammlung der AG. Sie veranschaulichen eindrucklich die dominierende Stellung des Organs der Willensbildung gegenüber den anderen Organen und liefern auch in dieser Hinsicht wiederum eindeutig den Beweis einer starken Anlehnung der GmbH. an das Aktienrecht.

Zu den einzelnen Befugnissen ist folgendes auszuführen: Die Gesellschafterversammlung ist nicht nur berechtigt, über den Gang der Geschäfte Rechenschaft und Auskunft zu verlangen, sondern bestellt vor allem auch die andern Hauptorgane, d. h. die Geschäftsführung und die fakultative Kontrollstelle. Logischerweise steht ihr auch das Recht zu, diese Organe abzuwählen und zu ersetzen. Als wichtigste Befugnis gilt jedoch das Recht, die Statuten festzusetzen und zu ändern. Daneben gibt es auch noch andere zugunsten der Gesellschaftergesamtheit aufgestellte Schutzbestimmungen, welche ihre Vorrangstellung als oberstes Organ unterstreichen. Dazu gehören vor allem die Vorschriften über die von der Geschäftsführung ihr vorzulegenden Jahresabschlussarbeiten (Art. 810, Abs. 4 analog Art. 698, Abs. 3 OR.), und die ebenfalls zu ihren Händen diesbezüglich zu verfassenden Berichte und Anträge der Kontrollstelle. Ferner bestehen Vorschriften über das Kontrollrecht, auf Grund welcher die Gesellschafterversammlung auch bei Vorhandensein einer Kontrollstelle einzelne Mitglieder mit der Aufgabe betrauen kann, in bestimmten Angelegenheiten in den Geschäftsgang Einsicht zu nehmen. Im Rahmen dieser Befugnis steht ihr auch die Möglichkeit offen, neben den ordentlichen Revisoren zur Prüfung der Geschäftsführung oder einzelner Teile derselben besondere Kommissäre oder Sachverständige zu bestellen. Das Gesetz der GmbH. stützt sich somit auch auf diesem Gebiete weitgehend auf das Aktienrecht (vgl. Art. 729/31 OR.).

Die Vorrangstellung der Gesellschaftergesamtheit erhält zudem ihr besonderes Gewicht durch die Ordnung der Verantwortlichkeit der

übrigen Organe. Gemäss Hinweis in Art. 827 OR. kommen die aktienrechtlichen Vorschriften des Art. 754 OR. über die Haftung aus Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation zur Anwendung. Sie bestimmen, dass alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle betrauten Personen sowohl der Gesellschaft, als auch den einzelnen Gesellschaftern für den dem Unternehmen schuldhaft zugefügten Schaden verantwortlich sind.

Wenn auch, wie einleitend betont, die Befugnisse der Gesellschafterversammlung mit denjenigen der Generalversammlung der AG. in mannigfacher Hinsicht übereinstimmen, zeigt eine vergleichende Betrachtung, dass das schweizerische Obligationenrecht der GmbH. als einer der Kollektivgesellschaft in verschiedener Beziehung ebenfalls nahestehenden Gesellschaftsform grösseren Spielraum für die dem einzelnen Fall anzupassende Gestaltung der Organisation offen lässt. Der Gesetzgeber hat damit bewusst auf eine zwingende Verteilung der verschiedenen Aufgaben auf die einzelnen Organe verzichtet, um die Entstehung eines starren Gebildes wie der AG. des revidierten OR. zu vermeiden. Die auf ein Mindestmass beschränkten, zwingenden Vorschriften beziehen sich vorwiegend auf die Gesellschafterversammlung.

Wie aus den obenstehenden Darlegungen hervorgeht, schliessen die Befugnisse der Gesellschafterversammlung hauptsächlich Beschlüsse in sich, die dem Kapitalerhaltungsinteresse der Gesamtheit der Gesellschafter dienen. Sie hat als Willensbildungsorgan über die Entstehung und Auflösung der Gesellschaft, über die Aufstellung und Änderung der Statuten zu entscheiden und als oberstes Organ die übrigen gesetzlichen und statutarischen Organe zu wählen, zu entlasten, zur Rechenschaft zu ziehen und abzusetzen.

Damit ist die Aufzählung der unübertragbaren Befugnisse der Gesellschafterversammlung im Gesetze erschöpft⁵⁸). Sie decken sich weitgehend mit denjenigen der Generalversammlung der AG. Man erhält deshalb den Eindruck, dass die kapitalistischen Merkmale in der GmbH. vorherrschen, indem auf Grund des Gesetzes der Gesellschafterversammlung nur diejenigen Befugnisse zustehen, welche eine am Geschäftsgang persönlich wenig interessierte Gemeinschaft von Kapitalgebern hat. Indessen darf die Tatsache nicht ausser acht gelassen

⁵⁸) wenigstens soweit sie in Art. 810 aufgezählt sind. Weitere „Rechtsgeschäfte“ (wie solche in *Staub's* Komm. zu § 45, Anm. 7 genannt werden) sind der Gesamtheit bei der Behandlung anderer Fragen vorbehalten. Es betrifft dies die folgenden Artikel, welche als *leges speciales* zu Art. 810, Ziff. 1 zu werten sind: Art. 697,2; 731,2; 825,2; 784,2; 784,3; 794, Ziff. 2/3/4; 800,1; 820).

werden, dass zur Gründung einer GmbH. zwei Personen genügen. Sodann ist zu berücksichtigen, dass diese beiden oder auch mehrere Personen mit ihrer Gesellschafterstellung zugleich auch in die Rechte und Pflichten von Geschäftsführern treten und schliesslich, dass sich sehr grosse Unternehmungen mit Rücksicht auf die relativ niedrige Höchstgrenze des Stammkapitals kaum der Rechtsform der GmbH. bedienen werden.

Der Katalog der laut Gesetz unübertragbaren Befugnisse der Gesellschafterversammlung erhebt keineswegs Anspruch auf Vollständigkeit, denn die Statuten können dem obersten Organ weitere Kompetenzen übertragen, welche ihm die Möglichkeit geben, ungeachtet der Einsetzung einer besonderen Kontrollstelle, die Geschäftsführung auch direkt zu beeinflussen⁵⁹⁾. Diesem Erfordernis trägt Art. 777, Abs. 6 OR. Rechnung, gemäss welchem die Statuten von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Vorschriften über die Überwachung der Geschäftsführung stipulieren können. Während Ziff. 6 des Art. 777 OR. auf kleinere GmbH's abgestimmt ist, können für grössere Unternehmungen dieser Rechtsform die Bestimmungen der Art. 627, Ziff. 13, Art. 698, Ziff. 5 und Art. 721, Abs. 1 sinngemäss Anwendung finden. Diese Vorschriften des Aktienrechts weisen ausdrücklich auf eine über die strengen, gesetzlichen Bestimmungen hinausgehende Regelung der Organisation (Art. 627, Ziff. 13 OR.), sowie der Befugnisse der Generalversammlung und der Verwaltung durch die Statuten und Reglemente hin. So handelt es sich namentlich bei Art. 698, Ziff. 5 (Befugnisse der Generalversammlung) betreffend Beschlussfassung über Gegenstände, welche der Generalversammlung durch das Gesetz oder die Statuten vorbehalten sind, um eine unübertragbare Befugnis.

Es berührt eigentümlich, dass sich keine gleichlautende oder ähnliche Vorschrift im Gesetz über die GmbH. vorfindet und lediglich die Bestimmungen über den fakultativen Statuteninhalt eine solche offen lassen, denn eine die Befugnisse der Gesellschafter eindeutig festlegende Regelung wäre sicherlich erwünscht.

Ein Vergleich von Art. 810 mit Art. 698 OR. zeigt die genaue Übereinstimmung von Ziff. 1 der beiden Paragraphen, die bestimmt, dass allein die Gesellschafter-, bzw. die Generalversammlung als Willensbildungsorgan für die Aufstellung und Änderung der Statuten kompetent ist. Während die Aufstellung der Satzungen sowohl bei der AG., wie der GmbH. eine der ersten und wichtigsten Aufgaben des Gründer-

⁵⁹⁾ *Goeldlin de Tiefenau*, Seite 111.

kollegiums darstellt, erhält die Befugnis der Statutenänderung für die Gesellschafterversammlung der GmbH. insofern erhöhte Bedeutung, als jede Änderung, bzw. Erhöhung, Herabsetzung oder Aufteilung der Stammanteile nach Art. 776 OR. eo ipso auch einer Statutenänderung ruft.

Ziff. 2 und 3 des Art. 810 OR. entsprechen sinngemäss und unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse der GmbH. der Ziff. 2 von Art. 698 OR. und geben der Gesellschafterversammlung in Analogie mit der Generalversammlung der AG. die Befugnis zur Bestellung von Geschäftsführern und der Kontrollstelle.

In den Ziffern 4—8 des Art. 810 OR. sind sodann die Befugnisse releviert, welche dem Kapitalerhaltungsinteresse der Gesellschaft zugrunde liegen. So leitet sich das Vorrecht, die Gewinn- und Verlustrechnung, sowie die Bilanz abzunehmen, aus dem Kontrollrecht ab. Die Abnahme erfolgt mangels einer Kontrollstelle nach persönlicher Einsichtnahme in die Geschäftsbücher, bei Bestehen einer solchen jedoch nach den Vorschriften über die Kontrollrechte der Aktionäre. Nach Art. 696 OR. müssen in diesem Falle spätestens 10 Tage vor der ordentlichen Generalversammlung Gewinn- und Verlustrechnung, Bilanz mit Revisorenbericht, sowie der Geschäftsbericht und die Anträge über die Verwendung des Reingewinns zur Einsicht der Gesellschafter am Hauptsitz und bei allfälligen Zweigniederlassungen aufliegen⁶⁰⁾.

Die unter Ziff. 4 des Art. 810 erwähnte Beschlussfassung über die Verwendung des Reingewinns erfolgt auf Grund der genehmigten Rechnungen, sowie der von der Geschäftsführung formulierten und von einer allfälligen Kontrollstelle begutachteten Vorschläge. In der Bestimmung des zu verteilenden Reingewinns besitzen weder die Geschäftsführung, noch die Gesellschafterversammlung ein freies Verfügungsrecht, da in erster Linie die Vorschriften über die Speisung der Reservefonds befolgt werden müssen (vgl. Art. 805 in Verbindung mit Art. 671—674 OR.) und eine Ausrichtung von Zinsen anstelle eines fehlenden Reingewinns unzulässig ist (Art. 804 OR.; dies mit Ausnahme von Bauzinsen).

In Übereinstimmung mit Ziff. 4 des Art. 698 ist auch in Art. 810 unter Ziffer 5 die Entlastung der Geschäftsführer gesondert erwähnt. Daraus erhellt, dass die Abnahme der Rechnung nicht ohne weiteres

⁶⁰⁾ Daneben können selbstverständlich die Gesellschafter die Kontrollstelle auf zweifelhafte Ansätze aufmerksam machen und die erforderlichen Aufschlüsse verlangen. OR. Art. 697.

auch die Entlastung in sich schliesst. Indessen dürfte dies in der Regel zutreffen; doch kann ein Gesellschafter über die Entlastung gesonderte Abstimmung fordern. Es liegt überdies im Bereich der Möglichkeit, dass die Bilanz vollkommen richtig aufgestellt ist, das Endergebnis eines Geschäftsjahres jedoch dartut, dass nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gearbeitet wurde; umgekehrt können auch die Rechnung und die Bilanz unvollständig, die Geschäftsführung aber gänzlich unanfechtbar erscheinen⁶¹⁾.

Obschon in Ziff. 5 des Art. 810 ausdrücklich von der Entlastung der *Geschäftsführer* die Rede ist, muss darunter doch die Geschäftsführung als Gesamtheit verstanden werden, wie dies auch mit Bezug auf die Verwaltung der AG. der Fall ist.

Bei abschliessender Betrachtung der im vorliegenden Abschnitt aufgeführten Organe, worunter die Gesellschafterversammlung die Hauptrolle spielt, erhalten wir das Bild einer Hierarchie. Eine solche ist auch dort vorhanden, wo dem Wesen einer GmbH. entsprechend, alle Organe durch Gesellschafter besetzt sind. Auch die engste Zusammenarbeit zwischen den Gesellschaftern verlangt eine minimale, klare Ausscheidung der Kompetenzen. Die Möglichkeit, dass eine GmbH. nur aus zwei natürlichen oder juristischen Personen gebildet werden kann, (Art. 772,1 OR.), steht dieser Auffassung nicht entgegen. Allerdings kommt in solchen Fällen dem Organbegriff weitgehend theoretische Bedeutung zu, indem die verschiedenen organtypischen Befugnisse in wenigen Personen vereint und von ihnen gleichzeitig ausgeübt werden.

Ausgeprägt zeigt sich die Organhierarchie bei grösseren Unternehmungen, die sich der Rechtsform der GmbH. bedienen. Die durch Gesetz, Statuten oder selbst durch Reglemente voneinander getrennten Aufgabenbereiche und die dadurch entstehende Weisungsgewalt gegen nachgeordnete Organe ergeben das Bild einer Rangstufenreihe, welche sich von der Gesellschafterversammlung mit der Kontrollstelle als Hilfsorgan über einen eventuellen Aufsichtsrat zur Geschäftsführung und noch weiter zu den Prokuristen, den Handlungsbevollmächtigten und den übrigen Mitarbeitern des Unternehmens zieht, und damit eine ausgesprochene Ähnlichkeit mit der AG. erhält.

⁶¹⁾ Janggen-Becker, Komm. GmbH. Art. 810, N. 7, Seite 176.

III. DER AKTIENRECHTLICHE EINFLUSS AUF DIE WILLENSVERWIRKLICHUNG

Als juristische Person bedarf die GmbH. gleich wie die AG. eines Organs, dem die Aufgabe zufällt, den „Willen zu verwirklichen“, der sich einerseits im statutarisch festgelegten Gesellschaftszweck und anderseits in den Beschlüssen der Gesellschafterversammlung äussert. Das Gesetz nennt dieses Organ bei der GmbH. „Geschäftsführung“.

Die Geschäftsführung

Diese ist gleichbedeutend mit der Verwaltung der AG. und muss sowohl nach innen, wie nach aussen wirksam werden. Beide Funktionen, die Tätigkeit nach innen, die auch als Geschäftsführung im engern Sinne bezeichnet werden kann, und die Tätigkeit nach aussen, insbesondere der Abschluss von Rechtsgeschäften, sind in *einem* Organ vereinigt.

Im deutschen Gesetz heisst dieses Organ „Geschäftsführer“, während das französische Recht konsequent die Bezeichnung „gérant“ verwendet. Beide Ausdrücke verweisen somit auf den Träger des Organs. Der schweizerische Gesetzgeber lässt dagegen eine einheitliche Anwendung dieses Begriffes vermissen, denn das eine Mal ist in sachlicher Umschreibung die Rede von „Geschäftsführung und Vertretung“, so z. B. in Art. 811 und 814, Abs. 2 OR., unterscheidet also die beiden Tätigkeiten, die aber, wie berseits erwähnt, regelmässig in einem Organ zusammengeschlossen sind. Das andere Mal spricht es vom Geschäftsführer, versteht darunter aber nicht nur den Träger der Geschäftsführung im engern Sinn, sondern auch den Vertreter nach aussen, so in Art. 810, Abs. 2 und 814, Abs. 1.

Die sehr weitgehend individualistische Gestaltung des Organs der Willensverwirklichung gründet sich auf dem Gedanken des Gesetzgebers, die GmbH. anstelle der nach der Revision des Obligationenrechtes wesentlich strenger geformte AG. vor allem kleineren Unternehmungen

dienstbar und anpassungsfähig zu machen. Immerhin wurde die Möglichkeit nicht ausser acht gelassen, dass eine GmbH. auch rein kollektivistischen Charakter haben kann und dass für andere Gesellschaften innert diesen Grenzen besondere organisatorische Bedürfnisse bestehen können. Das Recht räumt deshalb für solche Fälle der Gesellschaft grosse Freiheit ein, die Geschäftsführung nach Art, Anzahl und besonderen Eigenschaften der Geschäftsführer selbst zu bestimmen.

Welch grossen Spielraum das Gesetz dem Aufbau der Geschäftsführung offen lässt, kommt auch offensichtlich in Art. 811 OR. zum Ausdruck. Grundsätzlich sind nach dessen Absatz 1 alle Gesellschafter zur gemeinsamen Geschäftsführung und Vertretung berechtigt und verpflichtet, sofern nicht etwas anderes bestimmt wird. Diese Regel entspringt der Erkenntnis des Gesetzgebers, dass namentlich in kleineren Unternehmungen die Gesellschafter ständig tätig und folglich auch an der Geschäftsführung mitbeteiligt sind. Logischerweise ist bei einer solchen personellen Verschmelzung der Gesellschafter- mit der Geschäftsführerstellung eine klare Kompetenzausscheidung zwischen Willensbildungs- und Willensverwirklichungsorgan nicht mehr möglich.

Bei bedeutenderen Unternehmungen, die sich der Rechtsform der GmbH. bedienen, wird dagegen nach Art. 811, Abs. 2 OR. durch die Statuten oder durch Gesellschaftsbeschluss die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen. Das Organ der Willensverwirklichung erhält damit eine selbständige, immerhin der Gesellschafterversammlung nachgeordnete Stellung und weist in dieser Form in mehrfacher Hinsicht Analogien mit der Verwaltung der AG. auf. Eine eingehende Betrachtung des sich auf die Geschäftsführung der GmbH. beziehenden Gesetzsteils im OR. führt denn auch zum Ergebnis, dass die gesetzlichen Bestimmungen über die Verwaltung der AG. auch auf diesem Gebiete der Gestaltung der jüngsten Gesellschaftsform zugrunde gelegt wurden, obschon die Tatsache unbestritten bleibt, dass der Gesetzgeber gerade der individuellen Formung des Organs der Willensverwirklichung bei der GmbH. im Hinblick auf den dieser Rechtsform zugedachten Zweck besondere Beachtung schenkte. Dessen ungeachtet lässt sich aber bereits mit Bezug auf den vorerwähnten Absatz 2 des Art. 811 OR. eine Ähnlichkeit mit Art. 707 OR. feststellen, denn auch die Verwaltung der AG. kann aus einem oder mehreren Mitgliedern bestehen, allerdings mit der zwingenden Einschränkung, dass sie Aktionäre sein müssen. Demgegenüber besteht nach Art. 812 OR. die Möglichkeit, durch die Statuten oder

durch Gesellschaftsbeschluss die Geschäftsführung und Vertretung der GmbH. auch Personen zu übertragen, die nicht Gesellschafter sind. Diese Regelung kann sich speziell in jenen Fällen als tunlich erweisen, wo die GmbH. hauptsächlich eine Kapitalvereinigung bildet und die Gesellschafter nicht über die zur Führung des Unternehmens erforderlichen Fachkenntnisse verfügen.

In Bezug auf die Befugnisse und Verantwortlichkeit, die Rechte und Pflichten stellt das Gesetz nach Art. 812, Abs. 2 OR. Gesellschafter und Dritte als Geschäftsführer gleich. Diese Gleichschaltung beschränkt sich jedoch auf die Geschäftsführung und die Vertretung nach aussen und als solche, sowie die damit zusammenhängende Verantwortung nach innen und aussen. Dagegen stehen den Dritten logischerweise keine Gesellschaftsrechte zu. Ihr rechtliches Verhältnis zur Gesellschaft und zur Gesamtheit der Gesellschafter bestimmt sich nach dem Anstellungsverhältnis⁶²). Dieses Verhältnis des Geschäftsführers zur GmbH. kann am treffendsten mit der Stellung des Direktors in der AG. verglichen werden, deren Rechtsgrundlage in Art. 717, Abs. 2 verankert ist. Dieser Artikel besagt, dass die Generalversammlung oder die Verwaltung durch die Statuten oder durch das Reglement ermächtigt werden können, die Geschäftsführung oder einzelne Zweige derselben und die Vertretung der Gesellschaft ebenfalls an eine oder mehrere Personen, Mitglieder des Verwaltungsrates (Delegierte) oder Dritte, die *nicht Aktionäre zu sein brauchen (Direktoren)*, zu übertragen.

Die in Art. 711, Abs. 3 OR. begründete Ordnungsvorschrift, wonach mindestens ein zur Vertretung der Gesellschaft befugtes Mitglied der Verwaltung in der Schweiz wohnhaft sein muss, findet auch sinngemäss Anwendung auf die GmbH., denn nach Art. 813 OR. muss wenigstens einer der Geschäftsführer in der Schweiz ansässig sein. Für die Aufnahme dieser ursprünglich in den Entwürfen noch nicht enthaltenen Vorschrift waren wie bei der AG. justizpolizeiliche Beweggründe massgebend. Diese Vorschrift ist ebenso berechtigt wie notwendig, denn Behörden und Gläubiger einer im Inland domizilierten Person sollen im *Inland* sich an einen vertretungsberechtigten Geschäftsführer wenden können⁶³). Bei Nichterfüllung dieser gesetzlichen Bestimmung treten folgerichtig nach Art. 813, Abs. 2 OR. auch für die GmbH. dieselben Rechtsfolgen in Kraft, wie sie in Art. 711, Abs. 4 OR. für die AG. vorgesehen sind. Demnach hat der Handelsregisterführer der

⁶²) Janggen-Becker, Komm. GmbH. Art. 812, N. 3 und 4.

⁶³) Janggen-Becker, Komm. GmbH. Art. 813, N. 1.

Gesellschaft gestützt auf Art. 86 und 90 der Verordnung über das Handelsregister ebenfalls eine Frist zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes zu setzen und nach fruchtlosem Ablauf die Gesellschaft von Amtes wegen als aufgelöst zu erklären.

Der aktienrechtliche Einfluss macht sich indessen beim Organ der Willensverwirklichung der GmbH. nicht nur in den oben erläuterten Ordnungsregeln geltend, sondern tritt auch im Aufgabenbereich der Geschäftsführung in Erscheinung. Durch dessen Zerteilung in einen Kreis des Innenverhältnisses und einen solchen des Aussenverhältnisses ergeben sich zwei Abschnitte, in welchen getrennt der aktienrechtliche Einschlag untersucht werden soll.

a) Aufgabenkreis des Innenverhältnisses

Im Interesse einer bessern Übersicht muss dieser Abschnitt nochmals unterteilt werden.

aa) Der eine und wichtigste Teil dieses Aufgabenbereiches besteht in der Erfüllung der Pflichten, welche der Begriff „Geschäftsführer“ in sich schliesst. Darunter sind sämtliche Handlungen und Vorkehrungen zu verstehen, die zur Erreichung des Gesellschaftszweckes erforderlich und auf die Überwachung des Betriebes, die Erhaltung des Kapitals, sowie die Sicherstellung und den Erfolg des Unternehmens gerichtet sind. Das Gesetz selbst schreibt eine einzige Pflicht vor, welche mit Bezug auf die interne, kaufmännische Verwaltung durch die Geschäftsführung zu erfüllen ist. Es betrifft dies die Buchführungspflicht. Wenn auch dieses Erfordernis für alle im Handelsregister eintragungspflichtigen Firmen in Art. 957 OR. kurz umschrieben ist, bleibt es Aufgabe der Geschäftsführer oder eventuell der Gesellschafterversammlung, die Art und das Ausmass der Buchführung dem Wesen und den Bedürfnissen des Unternehmens anzupassen. Auf jeden Fall muss sie die Feststellung der Vermögenslage, der Schuld- und Forderungsverhältnisse, sowie der Betriebsergebnisse der Geschäftsjahre ermöglichen.

Daneben finden sich im Gesetzestext noch weitere Aufgaben angedeutet, die über diese formelle Verwaltungstätigkeit hinausgehen. Ohne besonderen Auftrag bildet die Geschäftsführung das vorgesetzte Organ für die Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten des ganzen Gewerbes. Während nach Art. 816 OR. die Prokura, sowie die Handlungsvollmacht zum Betriebe des ganzen Gewerbes, vorbehaltlich anderslautender, statutarischer Bestimmungen, nur durch Gesellschaftsbeschluss

bestellt werden kann, steht jedem einzelnen Mitglied der Geschäftsführung das uneingeschränkte Recht zu, ohne vorgängige Einberufung der Gesellschafterversammlung eine Prokura oder eine Handlungsvollmacht zu widerrufen. Diese Befugnis bedingt nicht nur ein formelles Kontrollrecht über die Prokura und Handlungsvollmacht, sondern eine ausgesprochene Überwachungspflicht der Geschäftsführung (vgl. Art. 464/465 OR.).

bb) Der soeben in kurzen Zügen skizzierte erste Teil des internen Pflichtenkreises entbehrt vollständig eines aktienrechtlichen Einflusses. Dagegen macht er sich in umso stärkerem Masse in der zweiten Gruppe des Aufgabenbereiches, welche dem Abhängigkeitsverhältnis des Ausführungsorgans vom Willensbildungsorgan entspringt, geltend. Diese Aufgaben bestehen ganz allgemein in der Rechenschaftsablegung. Wie bei der AG. erfolgt diese Rechenschaftsablegung der Geschäftsführung gegenüber der Gesamtheit der Gesellschafter an der gesetzlich vorgeschriebenen, jährlichen und an weiteren, allenfalls durch die Umstände oder durch die Statuten bedingten Gesellschafterversammlungen.

Wenn auch das Obligationenrecht der organisatorischen Gestaltung der GmbH. unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse grosse Freizügigkeit lässt, enthält das Gesetz mit Bezug auf die Rechenschaftsablegung in Anlehnung an das Aktienrecht (vgl. Art. 722 OR.) zwingende Vorschriften, die zum Pflichtenkreis der Geschäftsführung der GmbH. gehörend, sich in folgende drei Teile zerlegen lassen:

1. Vorbereitung der Gesellschafterversammlung,
2. Durchführung der Gesellschafterversammlung,
3. Überwachung der gesetzmässigen Durchführung der Versammlung mit Bezug auf die gesetzlich vorgeschriebenen Formalitäten, sowie hinsichtlich der gefassten Beschlüsse.

1. Zur *Vorbereitung der Gesellschafterversammlung* gehört in erster Linie die Aufstellung der Bilanz und der Betriebsrechnung, sowie die Aufnahme eines Inventars. Dazu kommt der Antrag an die Versammlung bezüglich der Verteilung des Reingewinnes. Diese Pflichten der Geschäftsführung ergeben sich aus den Bestimmungen über die kaufmännische Buchführung (Art. 958 ff. OR.), die u. a. verschiedene Sondervorschriften über Bilanzgrundsätze und Unterzeichnung enthalten, schliesslich auch aus Art. 810, Ziff. 4 OR., welcher in Übereinstimmung mit Art. 698, Ziff. 3 OR. sich auf die Abnahme der Gewinn- und Verlustrechnung, die Bilanz und die Beschlussfassung über die Verwendung des Reingewinns bezieht.

Die Geschäftsführung hat sich im übrigen bei der Aufstellung der Jahresbilanz gestützt auf Art. 805 OR. an die aktienrechtlichen Bestimmungen zu halten. Dieser Hinweis auf das Aktienrecht gilt insbesondere auch mit Bezug auf die Berechnung des Reingewinns, von welchem vorerst die gesetzlichen und allfällig statutarischen Reservefonds gespiesen werden müssen, bevor ein an die Gesellschafter auszuschüttender Gewinn bestimmt werden darf (vgl. Art. 662—674 OR.). Bei grösseren GmbH's, die über das fakultative Hilfsorgan einer Kontrollstelle verfügen, ist die Geschäftsführung verpflichtet, der Gesellschafterversammlung einen Geschäftsbericht vorzulegen, welcher einen allgemeinen Überblick über die Tätigkeit der Gesellschaft und deren Vermögenslage vermittelt, sowie die Bilanz in kurzen Zügen erläutert (vgl. Art. 696/724 OR.).

Für die Geschäftsführung bestehen hinsichtlich der Abfassung der „Rechenschaftsberichte“ in der Regel keine besondere Formvorschriften; doch können die Statuten diesbezüglich zweckdienliche Richtlinien enthalten.

Die Vorbereitung der Gesellschafterversammlung schliesst eo ipso auch deren Einberufung in sich. Diese Aufgabe obliegt gemäss Art. 809, Abs. 1, bzw. Art. 699 OR. ausdrücklich dem Ausführungsorgan, d. h. der Geschäftsführung, entsprechend der Verwaltung der AG. und ist an die Erfüllung bestimmter Formvorschriften geknüpft. So muss die ordentliche Gesellschafterversammlung innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres stattfinden, während mit Bezug auf die Wahl des Tagungsortes⁶⁴⁾ die Geschäftsführung, wenn die Statuten nichts anderes bestimmen, freie Hand hat⁶⁵⁾. Die Satzungen können ausserdem vorschreiben, dass für die Beschlussfassung über ganz bestimmte Geschäfte spezielle Versammlungen einzuberufen sind, oder auch mehr als nur eine Gesellschafterversammlung innerhalb eines Jahres ohne Grundangabe als obligatorisch erklären. In Abweichung vom Aktienrecht, sowie in allfälliger Ermangelung einer in den Statuten geregelten Form erfolgt dagegen die Einberufung der Gesellschafterversammlung mittels eingeschriebenem Brief mit Angabe der Verhandlungsgegenstände und unter Beobachtung einer Frist von mindestens fünf Tagen vor der Versammlung.

⁶⁴⁾ Vgl. Kap. II, S. 43.

⁶⁵⁾ im Entwurf III war auch vorgeschrieben, dass die Versammlung der GmbH.-Gesellschafter am Sitze der Gesellschaft stattfinden müsse.

Die Geschäftsführung der GmbH. hat neben der Einberufung der Gesellschafterversammlung dafür zu sorgen, dass die Gesellschafter ihre Kontrollrechte, die ihnen selbst bei Bestehen einer Kontrollstelle zukommen, auch ausüben können und zu diesem Zwecke die oben erwähnten Rechenschaftsberichte mindestens zehn Tage vor dem Versammlungstermin zur Einsichtnahme am Sitze der Gesellschaft aufzulegen⁶⁶⁾.

Dieselben Vorbereitungen sind notwendig bei der Anordnung einer schriftlichen Abstimmung oder der Einberufung von Versammlungen wegen Kapitalverlust oder Überschuldung. Die Geschäftsführung hat in diesen Fällen nicht nur die Pflicht, die Versammlung über diese Sachlage in Kenntnis zu setzen, sondern das Gesetz verlangt auch die Einberufung des obersten Organs, unmittelbar nachdem anhand der letzten Jahresbilanz konstatiert wurde, dass die Hälfte des Stammkapitals nicht mehr gedeckt ist. Diese in Art. 817 OR. enthaltene Vorschrift fusst wiederum auf dem Aktienrecht, das dieselbe Bestimmung in Art. 725, Abs. 1 verankert hat. Es ist alsdann Aufgabe des Willensbildungsorgans, die geeigneten Massregeln zu treffen und Beschlüsse zu fassen, z. B. über Weiterbetrieb mit Vortrag des Verlustes oder Abschreibung am Kapital, über Aufnahme neuen Gesellschaftskapitals oder von Darlehen, betreffend Einforderung von Nachschüssen, ganze oder teilweise Neubestellung der Geschäftsführung, Liquidation, usw. Die Vorschrift will auch verhindern, dass die gleiche Geschäftsführung von sich aus weiter handelt.

2. Obschon bezüglich der Leitung der *Gesellschafterversammlung* ebensowenig wie bei der AG. besondere, gesetzliche Vorschriften bestehen, liegt diese, vorbehaltlich statutarischer Bestimmungen, in der Regel in den Händen eines Geschäftsführers, der als Vorsitzender auch die Berichte verliest, sowie die Diskussionen und Abstimmungen leitet. Im Gegensatz zum Aktienrecht, das in Art. 722, Abs. 3 OR. die Führung eines Protokolls ausdrücklich verlangt, kennt das Gesetz der GmbH. keine derartige Bestimmung. Die Protokollführung gehört jedoch zweifellos zu einer sauberen Geschäftsordnung, so dass mindestens die Beschlüsse und soweit es zu deren Verständnis erforderlich erscheint, auch die ihnen zugrunde liegenden Anträge schriftlich festgehalten wer-

⁶⁶⁾ Die Geschäftsführung kann auch einzelnen Gesellschaftern die Erlaubnis erteilen, in die Geschäftsbücher und in die Korrespondenz Einblick zu nehmen, wenn nicht die Erteilung dieser Befugnis der Versammlung vorbehalten ist (vgl. Art. 777/6, sowie die Bestimmungen des Aktienrechtes in Art. 697).

den sollten. Das Protokoll ist vom Vorsitzenden und bei Mitwirkung von Stimmenzählern, auch von diesen zu unterzeichnen⁶⁷⁾).

3. Der Vertrauensstellung der Geschäftsführer, die zur Leitung der Gesellschaft berufen sind, entspricht auch deren Verpflichtung, anlässlich der Versammlungen dafür zu sorgen, dass die Gesellschaft nicht durch Missachtung einer gesetzlichen oder statutarischen Vorschrift mit dem Gesetze in Konflikt gerät. *Sie haben daher kraft ihres Anfechtungsrechtes* (Art. 808 in Verbindung mit Art. 706 OR.) *darüber zu wachen, dass die gesetzlichen und statutarischen Bestimmungen mit Bezug auf die Durchführung der Versammlung strikte befolgt werden.* So ist speziell darauf zu achten, dass nur über Geschäfte abgestimmt wird, welche auf der Traktandenliste aufgeführt sind. (Gegen- und Zusatzanträge können allerdings auch in der Versammlung vorgebracht werden.) Handelt es sich dagegen um Anträge, die Gegenstände betreffen, welche nicht auf der Traktandenliste figurieren, kann darüber wohl verhandelt, nicht aber abgestimmt werden, wenn nicht sämtliche Gesellschafter (nicht nur die anwesenden) ihre Zustimmung erteilt haben. Dasselbe Ordnungsverfahren gilt auch für schriftliche Abstimmungen. Zusätze und Gegenanträge sind spätestens innert der gesetzlichen Frist, welche für die Zustellung des Abstimmungsmaterials vorgeschrieben ist (Art. 809, Abs. 4 OR.), der Geschäftsführung einzureichen. Diese ist alsdann verpflichtet, solche Anträge den Gesellschaftern noch zuzustellen, damit eventuell auch über diese spätern Anträge von Seiten der Gesellschafter abgestimmt werden kann.

Die Geschäftsführer haben ausser dieser rein formellen Seite der Verhandlungen selbstverständlich dafür zu sorgen, dass auch die materiellen Gesetzesbestimmungen (z. B. Stimmrechtsbemessung) nicht vernachlässigt werden. Der oben angerufene Art. 809, Abs. 4 stimmt beinahe wörtlich überein mit Art. 701, so dass auch auf diesem Gebiete eine vollkommene Anlehnung des Gesetzes der GmbH. an das Aktienrecht feststellbar ist.

b) Aufgabenkreis des Aussenverhältnisses

Als Leitsatz kann diesem Abschnitt die bereits oben zitierte und in Art. 811 OR. normierte Bestimmung vorangestellt werden, dass alle Gesellschafter zur *gemeinsamen* Geschäftsführung und Vertretung be-

⁶⁷⁾ Janggen-Becker, Komm. GmbH., Art. 809, N. 15; auch Hachenburg zu § 48, Anm. 18. In diesem Sinne könnte z. B. folgende Statutenbestimmung aufgenommen werden:

rechtigt und verpflichtet sind. Darin offenbart sich klar das Prinzip der kollektiven Handlung analog Art. 717, Abs. 3 OR., gemäss welchem die Mitglieder des Verwaltungsrates der AG. die Geschäftsführung und die Vertretung kollektiv ausüben. Diese Regelung steht im Gegensatz zu derjenigen bei der Kollektivgesellschaft; bei dieser kann jeder Gesellschafter für sich allein die Gesellschaft vertreten (vgl. Art. 563 ff. OR.). Jeder ist „König“ im Bereich der Geschäftsführung; bei der AG. und der GmbH. handelt dagegen ein „Senat“⁶⁸). Der Wortlaut des Gesetzes lässt keinen Zweifel offen, dass diese Regel auch für die interne Geschäftsführung Geltung hat. Diese Bestimmung soll eine Garantie bieten, dass nicht ein eigenwilliger Gesellschafter entgegen den Absichten der Mitgesellschafter für die Gesellschaft Verpflichtungen eingeht oder eine seinen Sonderinteressen dienende Geschäftspolitik betreibt. Immerhin darf die vom Gesetzgeber getroffene Regelung nicht derart restriktiv verstanden und ausgelegt werden, dass sie die reibungslose Geschäftsbetätigung behindert oder sogar verunmöglicht. Die Gemeinsamkeit der internen Geschäftsführung hat sich folglich nicht auf die täglich wiederkehrenden kleinen Geschäfte zu beziehen, sondern vielmehr auf die Festlegung der Richtlinien zu beschränken, die entsprechend dem Gegenstand des Unternehmens zu befolgen sind. Ebenso bedürfen wichtige oder aussergewöhnliche Geschäfte der Genehmigung durch die Gesamtheit der Geschäftsführung. Die einzelnen Geschäftsführer sind gehalten, den von der Gesamtheit gefassten Beschlüssen, für deren Gültigkeit mangels besonderer Vorschriften Stimmenmehrheit genügt, nachzuleben, bzw. Nachachtung zu verschaffen. Im Verhinderungsfalle eines Geschäftsführers entscheiden die andern allein.

Trotz des Prinzips der kollektiven Vertretung wird man einem einzelnen Geschäftsführer, z. B. im Laden oder Büro nicht geringere Befugnisse einräumen können als einem Angestellten. Vor allem darf der Grundsatz, wonach zur Empfangnahme von Erklärungen für die Gesellschaft jeder einzelne Geschäftsführer befugt ist, nicht beeinträchtigt werden. In sinngemässer Übereinstimmung mit dem Aktienrecht ist auch die Zeichnungsbefugnis der Geschäftsführer geregelt. Nach Art. 815, Abs. 1 OR. haben die Geschäftsführer in der Weise zu zeichnen, dass sie der Firma der Gesellschaft ihre Unterschrift beifügen. Bei Kollektivver-

„... Die Gesellschafterversammlung wird von einem Geschäftsführer geleitet. Über die Verhandlungen und Beschlüsse ist ein Protokoll zu führen, das ein vom Vorsitzender zu bezeichnender Protokollführer besorgt, der nicht Gesellschafter sein muss.“

⁶⁸) *Janggen-Becker*, Komm. GmbH. Art. 811, N. 6.

tretung hat die erforderliche Anzahl Vertreter zu zeichnen. Diese Ordnungsvorschrift entspricht der Regelung für die AG. in Art. 719 OR. In materieller Beziehung ist wesentlich die eigenhändige Unterschrift des als Organ handelnden Geschäftsführers, gemäss der im Abschnitt über die Entstehung des Vertrages statuierten allgemeinen Vorschrift (vgl. Art. 13 und 14 OR.) sowie die Erkennbarmachung, dass der unterzeichnete Geschäftsführer als solcher und nicht für sich persönlich handelt⁶⁹). Dies kann auch ohne Nennung der Firma schlüssig und folglich für die GmbH. verbindlich geschehen, z. B. wenn der Vertretungswille aus dem Gegenstand, auf den sich die Erklärung bezieht, gefolgert werden muss. Hat indessen der Vertragspartner Anspruch auf eine schriftliche Erklärung, so muss diese ihm auf sein Verlangen in einer dem Art. 815 OR. entsprechenden Form gegeben werden; er ist berechtigt, eine andere abzulehnen. Ungenaue Wiedergabe der Firma ist zulässig, sofern keine Verwechslungsgefahr besteht. In einem solchen Falle tritt die Firma verkehrsmässig in Erscheinung⁷⁰).

Die Zeichnungsberechtigung der Geschäftsführer, bzw. der nach aussen wirkenden Vertreter der GmbH. setzt in Anlehnung an den für die AG. geltenden Art. 720 OR. die Eintragung der Unterschriften im Handelsregister voraus. In Abweichung von der aktienrechtlichen Bestimmung haben sich jedoch die vertretungsberechtigten Gesellschafter der GmbH. persönlich beim Handelsregisteramt anzumelden und dort ihre Unterschrift zu zeichnen oder in beglaubigter Form zu deponieren. In beiden Fällen muss die Urkunde vorgelegt werden, aus welcher auf Grund der Statuten oder eines Gesellschafterbeschlusses die Ermächtigung zur Vertretung der Gesellschaft klar ersichtlich ist.

Die rechtliche Organisation der GmbH. bringt es mit sich, dass die Geschäftsführung auch während des Bestehens der Gesellschaft regelmässig mit den Behörden, insbesondere mit dem Handelsregisterführer, in Berührung kommt, so bei der Meldung von Änderungen der Statuten, die ihrerseits durch Änderungen in der Zusammensetzung des Stammkapitals, der einzelnen Stammanteile oder der Anzahl der Gesellschafter begründet sein können⁷¹). Die in Art. 785 OR. vorgeschriebene Anmeldepflicht solcher Statutenänderungen durch die Geschäftsführung leitet sich ab aus Art. 647 OR., laut welchem die Verwaltung der AG.

⁶⁹) so auch die deutsche Rechtsprechung (vgl. RG. in Ziv. 119 115)

⁷⁰) so auch RG. in Ziv. 71 272; Baumbach § 35, Anm. 3.

⁷¹) Die Geschäftsführer sind persönlich und solidarisch für den aus der Nichtbeachtung dieser Vorschriften entstandenen Schaden haftbar (Art. 790, Abs. 4 OR.).

jede durch die Generalversammlung beschlossene Statutenänderung auf Grund einer öffentlichen Urkunde beim Handelsregisteramt eintragen lassen muss, um sie auch gegenüber Dritten wirksam werden zu lassen.

Schliesslich ist die Geschäftsführung durch Art. 821 OR. expressis verbis verpflichtet, den Auflösungsbeschluss dem Handelsregisterführer zu melden und die Löschung der Firma zu veranlassen. Diese Vorschrift stützt sich wiederum auf das Aktienrecht (vgl. Art. 737 OR.). Diese Meldepflicht seitens der Geschäftsführung fällt jedoch dahin, wenn der Handelsregisterführer bei Auflösung der GmbH. durch Konkurs auf Grund einer amtlichen Meldung durch den Konkursrichter die Löschung der Firma vornimmt (Art. 820/821, Art. 919, Abs. 1 OR.).

Der Konkurs einer GmbH. kann auf zwei verschiedene Arten aufgelöst werden. Einmal durch das Vorgehen des oder der Gläubiger, sodann aber auch auf Grund einer Meldung der Geschäftsführer an den Konkursrichter. Die Geschäftsführer sind nämlich nach Art. 817, Abs. 1 OR. in Übereinstimmung mit Art. 725, Abs. 3 verpflichtet, dem Richter Anzeige zu erstatten, wenn die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr durch die Aktiven der Gesellschaft gedeckt sind. Da es aber nicht im Interesse der Gesellschaft liegt, eine Konkursöffnung durch den Richter über sich ergehen zu lassen, kann die Geschäftsführung oder ein allfälliger Aufsichtsrat Antrag auf Aufschiebung des Konkurses stellen, wenn Aussicht auf die Sanierungsmöglichkeit der Gesellschaft besteht⁷²⁾. Wird die Gesellschaft nicht durch Konkurs aufgelöst, oder findet eine Fusion mit einer andern Gesellschaft statt, dann hat sie sich selbst zu liquidieren. Die Liquidationstätigkeit ist dann Aufgabe der Geschäftsführung, sofern nicht die Statuten oder ein Gesellschaftsbeschluss besondere Liquidatoren bestimmen. Diese Tätigkeit ist im Gesetz genau umschrieben und richtet sich nach den aktienrechtlichen Bestimmungen⁷³⁾.

Auf das Prinzip der kollektiven Handlung gründet sich auch die Vertretungsbefugnis der Geschäftsführung im Verhältnis nach aussen. Für den Umfang und die Beschränkung dieser Befugnis verweist das Gesetz in Art. 814, Abs. 1 OR. auf die aktienrechtlichen Bestimmungen, die in Art. 718 OR. normiert sind. Demzufolge sind die Geschäftsführer ermächtigt, namens der GmbH. alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann. Darauf stützt

⁷²⁾ Die Durchführung eines Nachlasses liegt selbstverständlich auch in den Händen der Geschäftsführer.

⁷³⁾ Vgl. Kapitel I, Seite 24 ff.

sich auch Art. 564 OR. hinsichtlich der gesetzlichen Vollmacht der vertretungsberechtigten Kollektivgesellschaftler. Wenn die in Art. 800 OR. des Entwurfes von 1923 enthaltene Verweisung auf die Kollektivgesellschaft durch eine solche auf die AG. ersetzt worden ist, so geschah es nur wegen der Zulässigkeit von Beschränkungen in der Vertretungsmacht, die das Recht der Kollektivgesellschaft nicht kennt⁷⁴⁾.

Um die Beschränkung der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer gegenüber gutgläubigen Dritten wirksam werden zu lassen, bedarf sie der Eintragung ins Handelsregister. Denn der gutgläubige Dritte, der mit den Geschäftsführern im Verkehr steht, hat sich nicht darum zu kümmern, wie das Vertretungsverhältnis nach aussen geregelt ist. Üblicherweise handelt es sich um einen Hinweis auf die Begrenzung der Vertretungsmacht auf die Haupt- oder Zweigniederlassung oder auf die gemeinsame Führung der Firma⁷⁵⁾. (Vgl. Art. 718, Abs. 2 OR.)

Der weitgehende Umfang der Vertretungsmacht der Geschäftsführung verlangt und rechtfertigt den Satz des Aktienrechtes, welcher die Befugnisse der Verwaltung wie folgt umschreibt:

„Die Verwaltung ist befugt, über alle Angelegenheiten Beschluss zu fassen, die nicht der Generalversammlung oder anderen Gesellschaftsorganen übertragen oder vorbehalten sind.“⁷⁶⁾ (Vgl. Art. 721, Abs. 2 OR.)

Dieser Satz ist demnach auch auf die Geschäftsführung der GmbH. sinngemäss anwendbar.

Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle noch erwähnt, dass Art. 814, Abs. 4 OR., laut welchem die Gesellschaft für den Schaden aus unerlaubten Handlungen haftet, die eine zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugte Person in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen begeht, nicht als aktienrechtlicher Einschlag ausgelegt werden darf, obschon er mit Art. 718, Abs. 3 wörtlich übereinstimmt. Es handelt sich hier vielmehr um die analoge Anwendung des in Art. 55 II ZGB. für juristische Personen aufgestellten Grundsatzes. Die fraglichen Personen müssen als Organe der GmbH., bzw. der AG., sei es mit oder ohne Vertretungsbefugnis gehandelt haben.

⁷⁴⁾ Sten. Bull. StR. 1931, Seite 632 m.

⁷⁵⁾ *Wieler* zählt auf Seite 42 fünf verschiedene Möglichkeiten der vertraglichen Beschränkung auf.

⁷⁶⁾ Diese Gesetzesbestimmung ist in sehr vielen Statuten von GmbH.'s wörtlich übernommen.

IV. DER AKTIENRECHTLICHE EINFLUSS AUF DEN GESELLSCHAFTERSCHUTZ

Unter dem Marginale „Schutz der Aktionäre und des Grundkapitals“ begegnen wir in Art. 646 OR. dem Begriff der „wohlerworbenen Rechte“. Das Gesetz versteht darunter solche Rechte, die den einzelnen Aktionären in ihrer Aktionäreigenschaft zustehen und ihnen nicht ohne ihre Zustimmung entzogen werden können. Der schweizerische Gesetzgeber bezeichnet ausserdem in Absatz 2 des zitierten Artikels diejenigen Rechte des Aktionärs als wohlerworben, die nach Vorschrift des Gesetzes oder der Statuten von den Beschlüssen der Generalversammlung und der Verwaltung unabhängig sind oder dem Recht auf Beteiligung an der Generalversammlung entspringen. Zu diesen Rechten gehören insbesondere das Stimmrecht, das Recht zur Anfechtung, sowie nach Art. 697 OR. auch das Kontrollrecht.

Die wohlerworbenen, bzw. unentziehbaren Rechte stehen im Gegensatz zu jenen Mitgliedschaftsrechten, die durch die Mehrheit der Gesellschafter entzogen oder beschränkt werden können, ohne dass der einzelne Gesellschafter mit rechtlichem Erfolg widersprechen kann, und deshalb als wandelbare oder allgemeine Mitgliedschaftsrechte bezeichnet werden⁷⁷⁾. In der Literatur finden sich in unzutreffender Weise die wohlerworbenen Rechte mangels eines einheitlichen Sprachgebrauchs und einer scharfen Begriffsdifferenzierung als „Sonderrechte“ benannt⁷⁸⁾. Der Ausdruck „Sonderrecht“ steht seinem Wortsinn nach in keinerlei Zusammenhang mit Unentziehbarkeit, sondern weist vielmehr auf eine Sonderberechtigung, d. h. auf ein Recht hin, das nicht allen und jedem Mitglied zusteht, sondern nur ausnahmsweise einem Einzelnen oder einer gewissen Gruppe.

Während, wie eingangs erwähnt, die wohlerworbenen Rechte im Aktienrecht ausdrücklich festgelegt sind, spricht das Gesetz bei der GmbH. nirgends davon. Diese Feststellung ist jedoch rechtlich belang-

⁷⁷⁾ *Wieland* 2, Seite 186.

⁷⁸⁾ *Wieland* 2, Seite 185 ff. und die dort zit. Literatur.

los. Der Grundsatz, der für die AG. aufgestellt wurde, muss der Natur der Sache nach auch bei der GmbH. Anwendung finden⁷⁹⁾. Somit besteht Grund zur Annahme, dass die Rechte, welche Art. 646 OR. den Aktionären als wohlerworben zuspricht, in gleicher Weise mit Bezug auf die GmbH. als solche qualifiziert werden können. Demzufolge besitzt auch die Gesellschafterversammlung kein Verfügungsrecht über die genannten Rechte.

Art. 646 OR. gibt zwar keine abschliessende Aufzählung dieser Rechte⁸⁰⁾, sondern lediglich eine Richtlinie, wo die Grenze zwischen dem Recht der Gesellschaft und dem Eigenrecht des Gesellschafters zu ziehen ist. In jedem einzelnen Fall muss ein als wohlerworben geltend gemachtes Mitgliedschaftsrecht nach dem Gesamtcharakter der betreffenden Körperschaft und der Ausgestaltung, welche das fragliche Mitgliedschaftsrecht in den Statuten erfahren hat, bewertet werden⁸¹⁾. Allgemein fallen heute die gesellschaftlichen Herrschaftsrechte, d. h. die Mitverwaltungs- oder Organschaftsrechte unter die wohlerworbenen Rechte⁸²⁾.

Die Mitverwaltungsrechte gewähren dem Mitglied das Recht, an der Verwaltung der Gesellschaft teilzunehmen, so insbesondere durch das Geschäftsführungs- und Vertretungsrecht, das Teilnahme- und Stimmrecht, sowie das Anfechtungs- und Kontrollrecht. Diese Rechte stehen nicht nur den Aktionären, sondern mit entsprechender Anpassung an den organisatorischen Aufbau auch den Gesellschaftern der GmbH. zu, wodurch auch auf diesem Gebiete der aktienrechtliche Einfluss in Erscheinung tritt. Das Geschäftsführungs- und Vertretungsrecht fand bereits im vorangehenden Kapitel eine eingehende Würdigung, und bedarf daher keiner weiteren Erläuterungen an dieser Stelle. Während sich mit Bezug auf die Regelung des Stimmrechtes bei der GmbH. kein besonderer Hinweis auf das Aktienrecht findet, gelten für das Anfechtungs- und das Kontrollrecht von Gesetzes wegen ausdrücklich die für die AG. aufgestellten Vorschriften (vgl. Art. 808, Abs. 5 und Art. 819, Abs. 2 OR.). Die Frage, wie sich die aktienrechtliche Ordnung auf die Gestaltung der dem Schutze der Gesellschafterinteressen dienenden Individualrechte auswirkt, soll Gegenstand einer näheren Betrachtung bilden.

⁷⁹⁾ Janggen-Becker, Komm. GmbH., Art. 784, N. 14.

⁸⁰⁾ Janggen-Becker, Komm. GmbH., Art. 784, N. 15.

⁸¹⁾ Egger, 1 zu Art. 75 ZGB.

⁸²⁾ Wieland 2, Seite 193.

1. Das Stimmrecht

Das Stimmrecht wird im Aktienrecht ausdrücklich, vom GmbH.-Recht implicite als wohlerworben bezeichnet. Im Unterschied zur AG. ist das Stimmrecht der GmbH. im Gesetze nur summarisch geregelt. Einzig in Art. 808 OR. wird vorgeschrieben, dass die Statuten dem Gesellschafter das Stimmrecht nicht gänzlich entziehen dürfen. Es ist somit prinzipiell beschränkbar, doch darf dessen Beschränkung nicht so weit gehen, dass sie faktisch einem vollständigen Entzug gleichkommt. Im Übrigen stehen der GmbH. alle Möglichkeiten der Stimmrechtsordnung, die bei der AG. in nur ganz beschränktem Masse gegeben sind, offen⁸³⁾. Der schweizerische Gesetzgeber hat sich dabei offenbar vom Gedanken leiten lassen, dass eine präzise Ordnung einmal deshalb nicht nötig sei, weil die GmbH. auf einem meist kleinen und dauerhaften Mitgliederbestand beruht und durch die vorwiegende Teilnahme ihrer Mitglieder an der Geschäftsführung nicht so sehr auf Beschlussfassungen der Gesellschafterversammlung angewiesen ist. Andererseits wurde den Statuten ein möglichst weiter Spielraum in der Ausgestaltung des Stimmrechtes offen gelassen, um für den besonderen Charakter jeder GmbH. (Familien-GmbH., Kartelle, Ersatz einer AG. mit kleinem „Grundkapital“) die geeigneten Bestimmungen aufstellen zu können. Dabei spielt die Frage der mehr kapitalistischen oder mehr personellen Organisation eine wesentliche Rolle. Je nachdem kann die aktienrechtliche Regelung in passendem Sinne zur Lösung herangezogen werden. Diese Regelung findet in jenen Fällen zweckmässige Anwendung, wo sich die Beteiligung der Gesellschafter am Unternehmen zur Hauptsache auf die Zurverfügungstellung des Kapitals beschränkt. Die Bemessung des Stimmrechtes erfolgt dann in der Regel auf Grund des Realprinzips, dem die Zahl und der Nominalbetrag der Stammeinlagen zugrunde liegen. In gleicher Weise bestimmt sich grundsätzlich auch das Stimmrecht bei der AG. nach dem Nennbetrag der Aktien⁸⁴⁾.

Die GmbH. wurde in dieser Hinsicht vom schweizerischen Gesetzgeber in Anlehnung an die Kapitalgesellschaft ausgebaut. Damit wurde die sonst in mancher Beziehung befolgte Tendenz, die GmbH. ähnlich der Kollektivgesellschaft als Personenverbindung auszugestalten, verlassen⁸⁵⁾. Art. 808, Abs. 4 OR. bestimmt subsidiär, dass das Stimmrecht

⁸³⁾ Scherer, Seite 111/112.

⁸⁴⁾ Wieland 2, Seite 233.

⁸⁵⁾ Janggen-Becker, Komm. GmbH. Art. 808, N. 9.

jedes Gesellschafters sich nach der Höhe seiner Stammeinlage bemisst, wobei auf 1000 Fr. eine Stimme entfällt. Je mehr Kapital jemand in die Gesellschaft eingebracht hat, umso stärker ist auch sein Stimmrecht. Dabei ist es bedeutungslos, ob die Stammeinlage bereits voll einbezahlt ist oder nicht. Das Stimmrecht richtet sich also nach dem Nennbetrag des Anteils und nicht nach der effektiv einbezahlten Summe, dies in Übereinstimmung mit dem Aktienrecht. Ein bescheidenes Zugeständnis des Gesetzes an das Virilprinzip, das auf die Zahl der Köpfe abstellt, kann allerdings darin erblickt werden, dass jeder Gesellschafter zwingenderweise mindestens eine Stimme haben muss, ohne Rücksicht darauf, ob er nur gerade das Minimum einer Stammeinlage von Fr. 1000 oder ein Mehrfaches davon besitzt.

Das Stimmrecht einzelner Mitglieder, deren Persönlichkeit und Mitwirkung in der Gesellschaft besondere Bedeutung beigemessen wird, kann gegenüber jenem anderer Mitglieder erhöht werden. Es handelt sich um das Problem des einfachen Stimmrechtes gegenüber dem Pluralstimmrecht. Bei jenem erhält jeder Gesellschafter genau die seiner Kapitalbeteiligung entsprechende Anzahl Stimmen. Sobald einem Gesellschafter im Verhältnis zu seiner finanziellen Beteiligung ein höheres Stimmrecht zusteht als einem anderen, liegt eine Bevorzugung vor, die das Mehr- oder Pluralstimmrecht charakterisiert. Diese Begriffe entstammen hauptsächlich dem Aktienrecht, lassen sich aber auch auf die GmbH. anwenden. Man unterscheidet dort die offene Form des Pluralstimmrechtes, die dann vorliegt, wenn eine Gesellschaft ihre Aktien auf gleich hohe Beträge lauten lässt und mit unterschiedlichem Stimmrecht ausstattet, sowie die versteckte Form, in welcher die Gesellschaft die Aktien in verschiedener Stückelung ausgibt, aber alle mit gleichem Stimmrecht versieht⁸⁶⁾.

Mit dem Stimmrecht ist nicht unbedingt auch das Teilnahmerecht an der Gesellschafterversammlung als wohlerworben zu bezeichnen, weil jenes bei der GmbH. im Gegensatz zur AG. auch in schriftlicher Abstimmung ausgeübt werden kann. Doch ergibt sich die Eigenschaft der Unentziehbarkeit des Teilnahmerechtes indirekt aus dem Gesetz.

2. Das Anfechtungsrecht

Im revidierten Obligationenrecht wurde die Anfechtung von Gesellschaftsbeschlüssen für die AG. und die Genossenschaft in Anlehnung an

⁸⁶⁾ *Nahrat*, Seite 70.

die bestehende Gerichtspraxis besonders geregelt. Für die GmbH. sahen die beiden ersten Entwürfe kein Anfechtungsrecht⁸⁷⁾ vor, doch wurde von der Expertenkommission eine Regelung durch den Hinweis auf das Aktienrecht getroffen⁸⁸⁾. Darnach können die Geschäftsführer und jedes Mitglied der GmbH. Beschlüsse der Gesellschafterversammlung, die gegen das Gesetz oder die Statuten verstossen, beim Richter mit Klage gegen die Gesellschaft anfechten (Art. 808, Abs. 6 in Verbindung mit Art. 706, Abs. 1 OR.). Die aktienrechtlichen Bestimmungen lassen sich mit wenig Ausnahmen, die kurz erwähnt werden sollen, unverändert auf die GmbH. übertragen.

Beschlüsse, die unter Verletzung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form gefasst werden, sind nach Art. 11 OR. nichtig⁸⁹⁾. Da jedoch die meisten Formvorschriften über die Beschlussfassung bei der GmbH. im Interesse der Gesellschafter aufgestellt sind, können diese auf die Befolgung dieser Normen vorgängig (z. B. Universalversammlung) oder nachträglich (durch Unterlassung der Anfechtung) verzichten, ebenso auf die Anordnungen betreffend die Einhaltung eines bestimmten, verstärkten oder qualifizierten Mehrs. Hinfällig sind nur Beschlüsse, die unter Umgehung nicht verzichtbarer Formvorschriften zustande gekommen sind, wie z. B. Unterlassung der öffentlichen Beurkundung eines Statutenänderungs-, Liquidations- oder Fusionsbeschlusses. Dem Inhalt nach sind jene Beschlüsse nichtig, „die gegen zwingende, gesetzliche Vorschriften verstossen und ausserdem das öffentliche allgemeine Interesse verletzen“⁹⁰⁾. Darunter sind insbesondere die gesetzlichen Bedingungen zu verstehen, welche die Grundstruktur der Gesellschaft betreffen und als solche unverzichtbar sind⁹¹⁾. Diese sind im Interesse Dritter, besonders der Gläubiger aufgestellt, und ihre Befolgung oder Missachtung kann nicht vom Willen der Gesellschaft abhängig gemacht werden. — Mit der Grundstruktur der Gesellschaft sind auch die unverzichtbaren, wohlerworbenen Rechte verbunden. Ein Beschluss, der einstimmig das Stimmrecht für gewisse Mitglieder aufhebt oder das Anfechtungsrecht beseitigt oder beschränkt, muss daher als nichtig angesehen werden. — Ob ein Verstoss gegen die guten Sitten einen Beschluss annulliert, kann nicht ohne weiteres bejaht werden. Denn der Begriff der Unsittlichkeit wird unterschiedlich interpretiert, je nach-

⁸⁷⁾ wohl in Anlehnung an das deutsche Recht.

⁸⁸⁾ Protokoll, Seite 490.

⁸⁹⁾ Vgl. Art. 11, 19 und 20 OR. in Verbindung mit Art. 7 ZGB.

⁹⁰⁾ *Wieland 2*, Seite 104.

⁹¹⁾ *Ensslin*, Seite 31.

dem es sich um einen Beschluss handelt, der nur die internen Verhältnisse der Gesellschaft betrifft oder aber auch öffentliche Interessen berührt⁹²⁾).

Durch die vorgenommene Ausscheidung der nichtigen Beschlüsse wird erreicht, dass alle übrigen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung, die laut Art. 808, Abs. 6 OR. und Art. 706 OR. gegen Gesetz oder Statuten verstossen, als anfechtbar bezeichnet werden können.

Die Voraussetzungen der *Anfechtbarkeit* der Gesellschafterbeschlüsse der GmbH. stimmen mit denjenigen der aktienrechtlichen Anfechtungsklage in allen Teilen überein, was aus folgendem hervorgeht:

a) *Es muss ein Gesellschaftsbeschluss vorliegen.* Dazu gehören im Gegensatz zum Aktienrecht nicht nur die Beschlüsse der einberufenen Gesellschafter- oder Universalversammlung, sondern auch Beschlüsse, die durch schriftliche Abstimmung zustande gekommen sind. Die Entschiede anderer Organe als der Gesellschafterversammlung, wie z. B. der Geschäftsführung, der Kontrollstelle oder des Aufsichtsrates, können wohl nach den gleichen Regeln wie Gesellschaftsbeschlüsse nichtig sein, sind aber mangels gesetzlicher Vorschrift nicht anfechtbar im Sinne der Anfechtbarkeit der Gesellschaftsbeschlüsse. Wenn Gesetz oder Statuten durch einen Beschluss eines anderen Organs als die Gesellschafterversammlung verletzt werden, so kann die Gesellschafterversammlung diese Organe zur Rechenschaft ziehen und entsprechende Massnahmen treffen. Sie selbst, wie auch das einzelne Mitglied, das dadurch in seinen Rechten beeinträchtigt wurde, kann gegen diese Organe Verantwortlichkeitsklage erheben (siehe Art. 827 OR.).

a) *Verletzungen einer gesetzlichen oder statutarischen Norm*⁹³⁾. Eine blosser Unzweckmässigkeit eines Gesellschaftsbeschlusses gibt kein Recht zur Anfechtung, mag die Unzweckmässigkeit auch noch so offenkundig sein. Innerhalb der Schranken des Gesetzes und der Statuten hat die Gesellschafterversammlung freie Hand. Ein unzweckmässiger Beschluss kann hingegen unter Umständen eine Schikane, einen Rechtsmissbrauch darstellen oder gegen die guten Sitten verstossen. In der Tat ist der Einwand des Verstosses gegen die guten Sitten zu einem Hauptanfechtungsgrund geworden⁹⁴⁾, insbesondere im Aktienrecht. Im Gesetz der GmbH. wird dieser Anfechtungsgrund an Bedeutung eher noch zunehmen. Denn der Aktionär kann unzweckmässigen Beschlüssen der

⁹²⁾ Vgl. Egger, Z. S. R. 45, Seite 29 und 38.

⁹³⁾ Vgl. dazu Ensslin, Seite 62.

⁹⁴⁾ Egger, Z. S. R. NF. 45, Seite 30—48.

Generalversammlung durch Veräusserung seiner Aktien aus dem Wege gehen. Der Gesellschafter der GmbH. kann hingegen nicht so einfach und wirksam gegen unzweckmässige Beschlüsse der Gesellschafterversammlung reagieren. Er sieht sich deshalb umso mehr veranlasst, zum Mittel des Anfechtungsrechtes zu greifen.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz, dass eine Gesetzes- oder Statutenverletzung Voraussetzung der Anfechtbarkeit eines Beschlusses ist, statuiert Art. 706, Abs. 2 OR. Beschlüsse über die Einführung von Stimmrechtsanteilen bei der GmbH. und Beschlüsse, die mittels solcher Anteile zustande gekommen sind, können angefochten werden, wenn sie eine offenbare Schädigung der Gesellschafterinteressen zur Folge haben, wobei diese Schädigung durch den Gesellschaftszweck nicht erfordert wird. Wird ein solcher Beschluss angefochten, so hat der Richter darüber zu befinden, ob im einzelnen Fall die Interessen der Gesellschaft oder der Gesellschafter das Primat erhalten⁹⁵).

c) *Das Anfechtungsinteresse.* Ein rechtliches Interesse des Gesellschafters auf Anfechtung von gesetz- oder statutenwidrigen Gesellschaftsbeschlüssen ergibt sich aus der Stellung des Gesellschafters als Mitglied, das einen Anspruch darauf hat, sich dem Mehrheitswillen nur im Rahmen von Gesetz und Statuten beugen zu müssen. Um jedoch praktischen Bedürfnissen entgegenzukommen und von vorneherein zwecklose Anfechtungsprozesse zu vermeiden, hat das Bundesgericht seit jeher der beklagten Gesellschaft die Möglichkeit gegeben, die Vermutung des Anfechtungsinteresses des Aktionärs umzustossen. Die vom Bundesgericht hier aufgestellten Grundsätze gelten auch für die GmbH. und lauten:

aa) Wenn der Anfechtungskläger dem angefochtenen Gesellschaftsbeschluss zugestimmt hat, so hat der betreffende Gesellschafter kein rechtlich schutzwürdiges Interesse mehr an der Umstossung des Beschlusses. Die Zustimmung zu einem gesetz- oder statutenwidrigen Beschluss kommt einem Verzicht auf den durch diese verletzten, gesetzlichen oder statutarischen Bestimmungen gewährten Schutz gleich⁹⁶).

bb) Verstösst ein Beschluss gegen eine Formvorschrift des Gesetzes oder der Statuten, so kann die Gesellschaft die Vermutung des Anfechtungsinteresses des Gesellschafters dadurch umstossen, dass sie beweist, dass der betreffende Beschluss zweifellos auch ohne die in

⁹⁵) *Wieland* 2, Seite 106 ff., 206 ff., 240 (für die AG.); *Schucany* zu Art. 706 N. 2, von *Planta*, Seite 128.

⁹⁶) Vgl. Näheres bei *Ensslin*, Seite 91, *Schucany* zu Art. 706, N. 1.

Frage stehende Gesetzes- oder Statutenverletzung zustande gekommen wäre⁹⁷⁾.

d) *Die Anfechtungsfrist.* Die Frist zur Einreichung der Anfechtungsklage⁹⁸⁾ wurde im revidierten Obligationenrecht auf zwei Monate seit der Gesellschafterversammlung, die den angefochtenen Beschluss fasste, begrenzt. Bei der schriftlichen Abstimmung läuft die Anfechtungsfrist vom Datum der schriftlichen Mitteilung des Abstimmungsergebnisses⁹⁹⁾. Wird die Klage nicht innert dieser Frist erhoben, so verwirkt der Anfechtungsberechtigte sein Anfechtungsrecht. Eine Verlängerung dieser zweimonatigen Frist ist auch bei noch so stichhaltiger Begründung nicht möglich, da es sich hier um eine Präklusivfrist handelt.

Was die *Legitimation zur Anfechtungsklage* anbelangt, steht diese gestützt auf Art. 706 OR., der nach Art. 808, Abs. 6 auf die GmbH. Anwendung findet, für gesetzes- und statutenwidrige Gesellschaftsbeschlüsse der Verwaltung und jedem Aktionär, bei der GmbH. somit der Geschäftsführung und jedem Gesellschafter zu¹⁰⁰⁾.

aa) *Die Gesellschafter:* Da diese ihren Willen der Mehrheit unterordnen müssen, ist ihnen in erster Linie ein Anfechtungsrecht einzuräumen, um sich bei gesetz- oder statutenwidrigen Beschlüssen zur Wehr setzen zu können. Gesellschafter ist derjenige, der einen Gesellschaftsanteil besitzt, was aus dem Anteilbuch ersichtlich ist. Der anfechtungsberechtigte Gesellschafter kann sein Anfechtungsrecht durch einen gehörig bevollmächtigten Vertreter ausüben lassen.

bb) *Die Geschäftsführung:* Nach Art. 706 OR. steht der Verwaltung ein Anfechtungsrecht zu. Da aber nur Aktionäre Mitglieder der Verwaltung sein können, hat jedes Mitglied der Verwaltung auf Grund seiner Aktionäreigenschaft ein selbständiges Anfechtungsrecht. Es wäre daher nicht unbedingt notwendig gewesen, der Verwaltung als solcher ein eigenes Anfechtungsrecht zuzusprechen¹⁰¹⁾. Hingegen kommt dieser Bestimmung bei der Anwendung auf die GmbH. besondere Bedeutung zu. Denn zu Geschäftsführern der GmbH. können auch Personen ernannt werden, die nicht Mitglieder der GmbH. sind (Art. 812 OR.).

⁹⁷⁾ *Ensslin*, Seite 108 f.

⁹⁸⁾ Zum Problem der Befristung der Anfechtungsklage im Allgemeinen wie zur Entwicklung und Durchsetzung dieses Gedankens in Doktrin, Rechtssprechung und Gesetzgebung vgl. *Ensslin*, Seite 123 ff., im bes. Seite 161 f.; *Schucany* zu Art. 706 N. 4; *Botschaft*, Seite 47.

⁹⁹⁾ *Janggen-Becker*, Komm. GmbH., Art. 808, N. 23.

¹⁰⁰⁾ BGE. 69 II 248, 72 II 295.

¹⁰¹⁾ *Ensslin*, Seite 78.

Diesen Dritten steht nach *Janggen-Becker*¹⁰²⁾ ein Anfechtungsrecht mit Bezug auf gesetz- und statutenwidrige Gesellschaftsbeschlüsse zu. Danach besässen Angestellte der Gesellschaft das Recht, Beschlüsse des Arbeitgebers gerichtlich anzufechten. Auf den ersten Blick scheint diese Folgerung nach dem Wortlaut des Gesetzes richtig zu sein. *Janggen-Becker* führt als innere Begründung dieser Regelung an, dass auch die Nichtgesellschafter-Geschäftsführer durch Vollziehung gesetzwidriger Beschlüsse nach Art. 754 OR. verantwortlich werden und daher ein Mittel haben müssen, solche Beschlüsse rechtlich umstossen zu können.

Der Wortlaut des Gesetzes kann nicht ohne weiteres zur Begründung dieser Auffassung, dass auch Nichtgesellschaftern das Anfechtungsrecht zustehen soll, herangezogen werden. Die GmbH. ist im schweizerischen Recht nicht in alle Einzelheiten geregelt, sondern in mancher Beziehung nur summarisch. Die Bestimmung von Art. 808, Abs. 5 OR., welche sich bezüglich des Anfechtungsrechtes auf die für die AG. geltenden Vorschriften beruft, wurde erst durch die Expertenkommission ins Gesetz aufgenommen. Der Gesetzgeber hat dabei die Legitimation der Verwaltung der AG. jener der Geschäftsführung der GmbH. gleichgestellt. Hingegen wird er sich kaum darüber Rechenschaft gegeben haben, dass im Gegensatz zur Verwaltung der AG. die Geschäftsführung bei der GmbH. aus Nichtgesellschaftern bestehen kann¹⁰³⁾. Es wäre abwegig, die Bestimmung des Aktienrechtes unbesehen auf die GmbH. zu übertragen. Sie muss vielmehr eine Auslegung erfahren, die dem Sinn und Geist des Gesetzes entspricht. Nach *Gamma*¹⁰⁴⁾ kann es aber nicht im Sinn und Geist des Gesetzes liegen, dass Nichtmitgliedern ein Recht auf Anfechtung von Gesellschaftsbeschlüssen eingeräumt wird. Geschäftsführer, die nicht Gesellschafter sind, haben auch anfechtbare Gesellschaftsbeschlüsse auszuführen. Das Recht auf Anfechtung besteht zum Schutze der Gesellschafter, nicht aber zum Schutze Dritter.

3. Das Kontrollrecht]

Der schweizerische Gesetzgeber hat im Gegensatz zum deutschen dem Gesellschafter der GmbH. ein unentziehbares und unbeschränkbares Kontrollrecht eingeräumt. In der Ausgestaltung dieses Rechtes verfügt

¹⁰²⁾ *Janggen-Becker*, Komm. GmbH. Art. 808, N. 19.

¹⁰³⁾ Weder Botschaft, noch Protokoll, noch die Sten. Bull. sprechen davon.

¹⁰⁴⁾ *Gamma*, Seite 119.

die GmbH. mittels der Statuten über grosse Bewegungsfreiheit. Die Kontrolle kann damit dem individuellen Charakter des Unternehmens, sei er nun persönlich-individualistisch oder kapitalistisch-kollektivistisch geartet, angepasst werden.

Das Gesetz enthält für die einzelnen Gesellschaftstypen gewisse Vorschriften über das Minimum an Kontrollbefugnissen, die nicht eingeschränkt, jedoch erweitert werden können. Diese Differenzierung richtet sich in erster Linie nach der Organisation der Geschäftsführung. Wir unterscheiden einerseits zwischen einer gemeinsamen und einer „aufgeteilten“ Geschäftsführung¹⁰⁵⁾. Andererseits besteht die Möglichkeit, dass nur ein beschränkter Kreis der Gesellschafter an der Geschäftsführung beteiligt ist. Das Gesetz sieht in diesem Falle zwei Varianten für die Ausübung des Kontrollrechtes durch die nicht geschäftsführenden Gesellschafter vor. Nach der einen steht ihnen gestützt auf Art. 819, Abs. 1 OR. die Befugnis der Kontrolle analog den nicht geschäftsführenden Mitgliedern einer einfachen Gesellschaft zu. Es ist ihnen damit nach Art. 541, Abs. 2 OR. ein Mindestmass dieses Kontrollrechtes als unbeschränkbar und unentziehbar gewährleistet. Bei der anderen Variante tritt eine besondere Kontrollstelle in Funktion, deren Zusammensetzung und Aufgaben gemäss Art. 819, Abs. 2 OR. den Vorschriften des Aktienrechtes entspricht (vgl. Art. 727—731 OR.).

Der einzelne Gesellschafter besitzt bei Verwendung einer solchen Kontrollstelle dieselben Kontrollbefugnisse wie der Aktionär, d. h. kurz gefasst das Recht auf Bekanntgabe der Bilanz und auf Auskunfterteilung (Art. 696 OR.). Diese Rechte beruhen auf zwingender Gesetzesvorschrift und sind ebenfalls wohlerworben¹⁰⁶⁾. Sie lassen sich wie folgt umschreiben:

a) Nach Art. 696 OR. hat der Gesellschafter Anspruch darauf, dass ihm spätestens 10 Tage vor der entsprechenden Versammlung oder Abstimmung die Bilanz, auch eine allfällige, gesonderte Gewinn- und Verlustrechnung, der Revisorenbericht und ein allfälliger Geschäftsbericht zur Einsichtnahme am Sitze der Gesellschaft und bei den Zweigniederlassungen leicht zugänglich gemacht werden. Dieser Bericht bildet die Vorbedingung zur Genehmigung der Bilanz. Er muss daher vor der Versammlung aufgelegt und bei einer Urabstimmung spätestens mit ihrer Anordnung bekanntgegeben werden.

Noch während eines Jahres von der genannten Auflage an müssen

¹⁰⁵⁾ Janggen-Becker, Komm. GmbH. Art. 819 N. 2 und 3.

¹⁰⁶⁾ Schucany, Art. 696, N. 1, Art. 697 N. 1, Art. 646 N. 6, lit. g. *Wieland* 2, Seite 196.

den Gesellschaftern die genannten Unterlagen, mit Ausnahme des Revisorenberichtes, zur Verfügung gehalten werden. Dem Gesellschafter ist zudem auf Verlangen, auf Kosten der Gesellschaft, eine Abschrift der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung auszuhändigen.

Über die Auflage hat die Geschäftsführung sämtlichen Gesellschaftern besondere Anzeige zu erstatten. Eine bestimmte Form ist indessen nicht vorgeschrieben. Der Geschäftsübung entspricht die briefliche Mitteilung.

b) Neben dem Recht auf Akteneinsicht im Sinne des Art. 696 besitzt der Gesellschafter nach Art. 697 OR. auch einen Anspruch auf Auskunftserteilung. Er kann über die in Art. 696 OR. vorgeschriebenen Unterlagen und über alle Verhältnisse, die damit zusammenhängen, sowie über jeden andern der Beschlussfassung der Gesamtheit ordnungsgemäss unterbreiteten Gegenstand Aufschluss verlangen, und zwar vor der Versammlung oder Abstimmung oder an der Versammlung selbst, nachher nur, wenn erst später sich die Notwendigkeit weiterer Aufklärung einstellt. Auskunftspflichtig sind die Kontrollstelle für die in ihren Tätigkeitsbereich fallenden Gegenstände, die Geschäftsführung und eventuell der Aufsichtsrat. Die Antwort muss in der Regel vor Abhaltung der Versammlung oder Abstimmung erteilt werden. Ist die Kontrollstelle dazu nicht in der Lage, so muss sie den Anfragenden an die Geschäftsführung, eventuell an den Aufsichtsrat verweisen.

Die gesetzlichen Befugnisse der Kontrollstelle, deren Stellung des engen Zusammenhangs wegen gleich hier geschildert werden soll, sind derart umfassend, dass der einzelne Gesellschafter in der Regel auf die Ausübung seiner Kontrollrechte verzichtet und die Kontrolle der Geschäftsführung den Revisoren überlässt. Wird diese von Gesellschaftern ausgeübt, dürfen sie im Sinne von Art. 727 OR. weder der Geschäftsführung angehören noch Angestellte der Gesellschaft sein. Dagegen können für diese Aufgabe, gleich wie bei der AG. (vgl. Art. 727, Abs. 3 OR.) Nichtgesellschafter, d. h. Treuhandgesellschaften oder Revisionsverbände bestellt werden. Die in Art. 728—729 umschriebenen Pflichten gelten ebenfalls für die Kontrollstelle der GmbH. Es besteht allerdings die Möglichkeit, sie durch entsprechende Statutenbestimmungen im Interesse einer genaueren Ausführung oder Verschärfung der Prüfungspflicht zu erweitern.

Die der Kontrollstelle durch das Gesetz zugewiesenen Aufgaben bilden zusammen die Organpflicht, deren hauptsächlichster Bestandteil die Prüfungspflicht bildet. Dazu kommt die Pflicht der Berichterstat-

tung gegenüber der Gesellschafterversammlung. Der Prüfungspflicht entspricht das Recht der Kontrollstelle, in sämtliche Geschäftsakten Einsicht zu nehmen und über einzelne, bestimmte Gegenstände von der Geschäftsführung näheren Aufschluss zu verlangen (Art. 728, Abs. 2 OR.).

Die Prüfungspflicht bezieht sich vor allem auf die Feststellung der Übereinstimmung zwischen Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung, die Kontrolle über die ordnungsgemässe Führung der Bücher, ferner auch auf die Untersuchung, ob die gesetzlichen¹⁰⁷⁾ und eventuellen statutarischen Bewertungsgrundsätze bei der Darstellung des gesamten Geschäftsergebnisses berücksichtigt wurden (Art. 728, Abs. 1 OR.).

Die Revisoren sind gehalten, das Untersuchungsergebnis in einem ausführlichen Bericht darzulegen. Gesellschaften, die sich einer Kontrollstelle bedienen, können nur auf Grund eines solchen Berichtes über die Bilanz Beschluss fassen. Der schriftliche Bericht muss nach den gesetzlichen Normen (vgl. Art. 729, Abs. 1 OR.) über folgende Tatbestände erschöpfend Aufschluss geben können:

a) Allgemeiner Bericht über die Bilanz und die Führung der Bücher. Bei Gesellschaften, deren Statuten von der Geschäftsführung einen ausführlichen Geschäftsbericht verlangen, kann dieser Bericht sehr kurz gehalten sein und sich im Wesentlichen auf die Bestätigung der im ersteren erwähnten Angaben und die Feststellung der Richtigkeit, sowie der ordnungsgemässen Führung der Bücher beschränken.

b) Antrag an die Gesellschafterversammlung: aa) Abnahme der Bilanz, mit oder ohne Vorbehalt, bb) Rückweisung derselben an die Verwaltung, bzw. Geschäftsführung.

c) Begutachtung der Vorschläge der Verwaltung über die Gewinnverteilung.

Der Kontrollstelle obliegen im Rahmen ihres Aufgabenbereiches noch zwei weitere Pflichten. Die eine entspringt dem Auskunftsrecht, welches die Gesellschafter ihr gegenüber besitzen. Wie an anderer Stelle ausgeführt, steht den einzelnen Gesellschaftern das Recht zu, nach Einsichtnahme in die vorschriftsgemäss vor der Gesellschafterversammlung auferlegte Bilanz, sowie Gewinn- und Verlustrechnung die Kontrollstelle auf zweifelhaft erscheinende Ansätze aufmerksam zu machen und die ihnen erforderlichen Auskünfte zu verlangen (Art. 697, Abs. 1 OR.).

Die andere Pflicht ist in Art. 729, Abs. 3 OR. statuiert und betrifft die Mitteilung von im Verlauf der Kontrolle festgestellten Män-

¹⁰⁷⁾ Vgl. Art. 662—674 OR.

geln¹⁰⁸⁾, ausserhalb des schriftlichen Berichtes an die Gesellschafterversammlung. Derartige Feststellungen (ebenfalls die Verletzung gesetzlicher oder statutarischer Vorschriften) sind derjenigen Person oder demjenigen Organ zu melden, das den für die begangenen Fehler Verantwortlichen unmittelbar übergeordnet ist. Bei kleineren GmbH.'s ist dies in der Regel die Gesellschafterversammlung, bei grösseren ein Aufsichtsrat, dessen Präsident oder wenn der Verantwortliche ein Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter ist, ein Geschäftsführer. Das Korrelat zu dieser Mitteilungspflicht besteht in der Befugnis der Kontrollstelle, „nötigenfalls“ eine Gesellschafterversammlung einzuberufen¹⁰⁹⁾ (Art. 809, Abs. 1 OR.).

Die oben umschriebenen Pflichten und Befugnisse der fakultativen Kontrollstelle der GmbH. stützen sich samt und sonders auf das Aktienrecht. Der Titel über die GmbH. enthält bezüglich der Funktionen dieses Organs eine zusätzliche Bestimmung, welche sich auf die Prüfung der ordnungsgemässen Führung des Anteilbuches bezieht (vgl. Art. 819, Abs. 2 OR.)¹¹⁰⁾.

Die Möglichkeiten einer Ausgestaltung der Kontrollstelle und Ausdehnung deren Aufgabenbereiches im Sinne von Art. 731, Abs. 1 OR. gelten grundsätzlich auch für die GmbH. Doch dürften sie selten angewandt werden. Sie kommen in der Regel nur dort zur Anwendung, wo eine Gesellschaft viele und grosse Kapitalgeschäfte betreibt, was bei den GmbH.'s wenig der Fall ist. Immerhin können die Statuten Bestimmungen vorsehen, welche für die Kontrollstelle ebenso verbindlichen Charakter haben können wie die gesetzlichen Vorschriften. Der Aufgabenbereich darf jedoch in keinem Fall die Ausdehnung erfahren, dass er der Tätigkeit des deutschen oder österreichischen Aufsichtsrates nahe- oder gleichkommt. Der Kontrollstelle dürfen nach dem schweiz. Gesetz unter keinen Umständen Aufgaben der Verwaltung übertragen werden (Art. 731 OR.). Eine Erweiterung der Prüfungspflicht durch die Statuten kann sich höchstens auf folgende Punkte beziehen:

1. Vornahme von Zwischenrevisionen gemäss Art. 731, Abs. 1 OR.,
2. Art und Weise der Prüfung,
3. Erstattung besonderer Berichte über Geschäfte von bestimmtem Inhalt oder Umfang.

¹⁰⁸⁾ Dieselbe Auskunftspflicht hat die Kontrollstelle auch während der Gesellschafterversammlung, der sie beiwohnen muss (Art. 729, Abs. 4 OR.).

¹⁰⁹⁾ Vgl. hiezu Ausführungen bei *Widmer*, Seite 45.

¹¹⁰⁾ Vgl. Art. 907, Abs. 1 betr. Kontrollstelle der Genossenschaft.

Schliesslich kann die GmbH. zur eingehenderen Prüfung der Geschäftsführung analog der AG. besondere Kommissäre oder Sachverständige beiziehen, die z. B. über die Richtigkeit einzelner Bilanzposten Bericht zu erstatten haben. Es handelt sich meist um Fragen, deren Prüfung besondere Kenntnisse und Erfahrungen des Waren- und Geldverkehrs voraussetzen. Zur Bestellung solcher Sachverständiger genügt ein Gesellschaftsbeschluss. Doch können auch die Statuten eine diesbezügliche Bestimmung enthalten (vgl. Art. 777, Abs. 6 in Verbindung mit Art. 731, Abs. 2 OR.).

V. DER AKTIENRECHTLICHE EINFLUSS AUF DEN GLAUBIGERSCHUTZ

1. Stammkapital und Stammteile

In einer zwiespältigen Stellung zeigt sich die GmbH. gegenüber den Gläubigern, die es bei diesem Rechtsgebilde weder mit einer ausgesprochenen individualistischen, noch mit einer rein kollektivistischen Gesellschaftsform zu tun haben. Zunächst stellt sie sich ihnen als eine Kapitalvereinigung dar¹¹¹⁾. Sie bildet gleich der AG. eine Körperschaft mit einem zum voraus bestimmten Grundkapital, das sich jedoch als Stammkapital anspricht. Trotz dieser Analogie kann die GmbH. keineswegs als Abart der AG. gelten, denn diese ist eine typische Kapitalgesellschaft und verpflichtet die Aktionäre ausschliesslich zur Leistung des gezeichneten Aktienbetrages, während die Gesellschafter der GmbH. nicht nur für die übernommene Stammeinlage aufzukommen haben, sondern noch für Nachschüsse und Nebenleistungen, sowie für die Einlageverpflichtungen der Mitgesellschafter belangt werden können. Darin offenbaren sich bereits Wesenszüge, die der Kollektivgesellschaft eigen sind. Die GmbH. gibt sich somit auch hier, getreu ihrer Gesamtkonzeption, als eine zwischen individualistischer und kollektivistischer Prägung pendelnde Mittel- oder Übergangsform zu erkennen. Ungeachtet ihrer rechtlichen Zugehörigkeit zu den Kapitalgesellschaften charakterisiert sich die GmbH. durch eine auf ihre Eigenart abgestimmte Gestaltung des Gläubigerschutzes. Dementsprechend tritt auch der aktienrechtliche Einfluss auf diesem Gebiete weniger stark in Erscheinung. Während das Stammkapital noch mehrere Berührungspunkte mit dem Grundkapital der AG. besitzt, trifft dies mit Bezug auf den Stammanteil des Gesellschafters im Vergleich zur Aktie weit weniger zu. Denn hier überwiegt im Gegenteil der individualistische Einfluss. Die nachfolgenden Erläuterungen legen dar, inwieweit und in welcher Hinsicht sich aktienrechtliche Einschlüsse auf der Kapitalseite geltend machen.

¹¹¹⁾ Janggen-Becker, Komm. GmbH. Art. 772, N. 3.

a) Wesen und Funktionen des Stammkapitals

Der Gläubigerschutz und die Kreditfähigkeit gründen sich bei der GmbH. in Übereinstimmung mit der AG. auf einem im voraus bestimmten, ziffernmässig festgesetzten Kapital (vgl. Art. 772, Abs. 1 OR. analog Art. 620, Abs. 1 OR.). Der für die AG. geltende Ausdruck „Grundkapital“ ist jedoch bei der GmbH. absichtlich vermieden worden, weil neben dem Stammkapital auf Grund der Statuten noch weitere Leistungen der Gesellschafter vorgeschrieben werden können. Das Stammkapital kann gleich dem Grundkapital der AG. aus Geld oder anderen Vermögenswerten (Sacheinlagen) bestehen, muss jedoch in Geldwert und in schweizerischer Währung ausgedrückt werden. Das Gesetz schreibt dafür ebenfalls einen Mindestbetrag vor, der nicht unterschritten werden darf. Während das revidierte Obligationenrecht für die AG. ein Minimum von 50 000 Franken verlangt, kann sich die GmbH. in Würdigung der ihr zugedachten Zweckbestimmung mit 20 000 Franken begnügen (Art. 773 OR. in Übereinstimmung mit Art. 621 OR.). Dagegen darf sie die Höchstgrenze von zwei Millionen Franken nicht überschreiten. Dieser Maximalbegrenzung liegt der Gedanke des Gesetzgebers zugrunde, die GmbH. in erster Linie kleineren und mittleren Unternehmen dienstbar zu machen und die Betriebe mit grösserem Kapitalbedarf auf die Rechtsform der AG. zu verweisen.

Offenbar in Anlehnung an das englische Recht, das für die private company eine Höchstzahl von 50 Mitgliedern zulässt, hatte die Expertenkommission ursprünglich auch für die schweizerische GmbH. eine ähnliche personelle Limitierung auf 30 Gesellschafter in Aussicht genommen, die jedoch wieder fallen gelassen wurde.

Die Eintragung der GmbH. ins Handelsregister mit ihrer konstitutiven Wirkung setzen die volle Zeichnung des statutarisch fixierten Stammkapitals und die Einzahlung einer gesetzlich vorgeschriebenen Mindestsumme voraus, die auf alle Fälle 10 000 Franken betragen muss. Daraus erhellt, dass das Recht auch für die GmbH. in Anlehnung an die aktienrechtlichen Bestimmungen die Teilliberierung zulässt. Sie muss jedoch mindestens 50 % der Bar- oder Sacheinlagen ausmachen (Art. 774 OR.). Die Einforderung des Restbetrages bestimmt sich in erster Linie durch den künftigen Kapitalbedarf, der seinerseits wiederum von der Natur des Unternehmens abhängt. So bildet es die Regel, dass Versicherungs- und Patentverwertungsgesellschaften in Anbetracht des anfänglich beschränkten Kapitalbedarfs sich mit der Teilliberierung

begnügen können und erst später, nach Massgabe des Geschäftsganges bei den Kapitalgebern auf das Restguthaben greifen. Die Statuten können bezüglich der Liberierung dem Charakter der Gesellschaft individuell angepasste Bestimmungen enthalten, die beispielsweise den Liberierungssatz oder selbst die Vollliberierung vorschreiben können.

Wenn auch die Bereitstellung des Kapitals zu den Gründungsbestimmungen gehört, so hat das Stammkapital für den Gründungsakt selbst keine ausschlaggebende Bedeutung. An der Entstehung der juristischen Person ist es nicht direkt beteiligt. Die Kapitalgrundlage erhält erst mit Beginn der wirtschaftlichen Tätigkeit ihren eigentlichen Sinn. In der Folge zerfällt dann dieses sachliche Substrat in das Grund-, bzw. Stammkapital und das Gesellschaftsvermögen. Diese beiden Begriffe sind genau voneinander zu unterscheiden. Sie stimmen in der Regel, jedoch nicht notwendigerweise, bei der Entstehung der Gesellschaft überein, d. h. wenn Grundkapital und Gesellschaftsvermögen sich decken. Dagegen weichen sie in der Folge mehr oder weniger stark voneinander ab. Hery¹¹²⁾ definiert „das Grundkapital als die durch die Statuten fixierte, im Sinne eines Mindestgarantiefonds für alle Interessierten, besonders die Gläubiger wirkende, von den Aktionären aufzubringende, zur Verwirklichung des Gesellschaftszweckes bestimmte und aus der Privatsphäre der Aktionäre ausgeschiedene Vermögenssumme“, während er das Gesellschaftsvermögen als „den tatsächlich vorhandenen, durch Gegenüberstellung aller Aktiven und Passiven, auf Grund der gesetzlich normierten Bilanzgrundsätze errechneten, positiven oder negativen Geldbetrag“ darstellt¹¹³⁾.

Diese Begriffsbestimmungen lassen sich in unveränderter Form auch auf die GmbH. anwenden. Das Gesellschaftsvermögen, das wie jedes andere Vermögen sich aus verschiedenen Werten zusammensetzt und dem die Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüberstehen, ist naturgemäss ständigen, durch die Tätigkeit des Unternehmens bedingten Schwankungen unterworfen. Dagegen bildet das Grund-, bzw. das Stammkapital eine Konstante und in der Höhe unveränderliche Grösse, die als Haftsumme der Gesellschaft ihren Gläubigern gegenüber die Funktion eines Mindestgarantiefonds erfüllt¹¹⁴⁾. Für die Erhaltung des statutarisch festgesetzten Grund-, bzw. Stammkapitals bestehen verschiedene gesetzliche Schutzbestimmungen. Dazu gehören ausser den

¹¹²⁾ Hery, Seite 99. Anm. 63.

¹¹³⁾ Hery, Seite 99, Anm. 64.

¹¹⁴⁾ Vgl. Staub-Pinner, Seite 179, Anm. 20, Guhl 2, Seite 276, Wieland K. 2, Seite 21.

besonderen Normen über die Einzahlungsarten insbesondere das Verbot des Erlasses und der Rückzahlung von Bareinlagen, ferner die Vorschriften über die Sacheinlagen, die Übernahmen, die Gewährung von Sondervorteilen, die Übernahme der Gründungskosten durch die Gesellschaft, sowie das Verbot der Zinszahlung — mit Ausnahme der Bauzinse — (Art. 804 gestützt auf Art. 676 OR.).

Damit wird in Übereinstimmung mit dem Aktienrecht die Grundlage zum Gläubigerschutz und zur Kreditfähigkeit der GmbH. geschaffen. Ausserdem dienen auch die in Art. 662—674 OR. normierten Grundsätze über Bilanz und Reservefonds, denen nach Art. 805 OR. die GmbH. ebenfalls nachleben muss, im weiteren Sinne der Kapitalerhaltung.

Eine dem Aktienrecht zugrunde liegende Regelung erfahren schliesslich die *Erhöhung und Herabsetzung des Stammkapitals* der GmbH. Das Verfahren der *Kapitalerhöhung* stützt sich im Prinzip auf die Gründungsvorschriften nach Art. 650, Abs. 1 und 2 OR. Dabei hat die GmbH. insbesondere die Grundsätze über Sacheinlagen und -übernahmen von Vermögenswerten zu befolgen. Die Durchführung der Erhöhung setzt einen zustimmenden Beschluss des obersten Organs der GmbH., d. h. der Gesellschafterversammlung voraus, der einstimmig gefasst werden muss. Sie bedingt zudem eine Revision der Satzungen, da diese den Betrag des Stammkapitals enthalten müssen, sowie die Eintragung ins Handelsregister auf Grund einer notariellen Urkunde. Im Vergleich zur AG. kommt diesem Gesellschaftsbeschluss wesentlich grössere Bedeutung zu, da er für die Gesellschafter eine der Kapitalzunahme entsprechende Erweiterung der persönlichen und subsidiären Haftung im Gefolge hat.

Das Gegenstück zur Kapitalerhöhung bildet die *Herabsetzung* des Stammkapitals, die gestützt auf Art. 788 OR. nach dem für die AG. in Art. 732—735 OR. geregelten Verfahren durchgeführt werden muss. Die Herabsetzung kann sich aus denselben Gründen aufdrängen, wie bei der AG., z. B. wegen Geschäftsschrumpfung, Einschränkung der Geschäftstätigkeit, mangelnder Rendite oder schliesslich infolge von Verlusten. Als unterste Grenze der Kapitalsenkung gilt von Gesetzes wegen der für die GmbH. vorgeschriebene Mindestbetrag von 20 000 Franken, analog der für die AG. erforderlichen 50 000 Franken.

Das Herabsetzungsverfahren selbst beginnt mit der Einholung eines Revisionsberichtes bei einer vom Bundesrat zugelassenen Revisions- oder Treuhandstelle, die für die gewissenhafte und sachkundige Aus-

führung der Expertise nach Art. 754 OR. sowohl gegenüber den Gesellschaftern, als auch den Gläubigern verantwortlich ist. Dieser Bericht, der die Aufstellung einer Betriebsbilanz¹¹⁵⁾ voraussetzt, muss bestätigen, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger trotz der beabsichtigten Herabsetzung voll gedeckt sind. Hierauf findet eine Gesellschafterversammlung statt, der auch die beauftragte Revisionsstelle beiwohnen muss. Der Gesellschaftsbeschluss, der das Ergebnis des erwähnten Revisionsberichtes enthalten soll und im Übrigen die Form der Kapitalherabsetzung bestimmt, wird nach den Vorschriften über die Abänderung der Statuten gefasst (vgl. Art. 784 OR.). Bei der GmbH. lässt sich die Herabsetzung des Stammkapitals durch Reduktion der einzelnen Stammeinlagen, gegebenenfalls durch Erlass des noch geschuldeten Teils (vgl. Art. 798, Abs. 2 OR.) oder ausnahmsweise durch Erwerbung eines oder mehrerer Gesellschaftsanteile durch die Gesellschaft selbst erreichen. Die Gesellschafterversammlung hat in dieser Hinsicht im Rahmen der Statuten freie Wahl (vgl. Art. 732 OR.). Gesellschafter, die sich in ihren Rechten beeinträchtigt fühlen, können die sich auf die Herabsetzung beziehenden Gesellschaftsbeschlüsse binnen zwei Monaten anfechten (Art. 808, Abs. 2 in Verbindung mit Art. 706 OR.). Die Geschäftsführung ist verpflichtet, den Herabsetzungsbeschluss dreimal im Schweiz. Handelsamtsblatt und in der von den Statuten vorgesehenen Form zu veröffentlichen. Den Gläubigern ist darin mitzuteilen, dass sie innert zwei Monaten nach der dritten Publikation ihre Forderungen anmelden und zugleich für fällige Forderungen Befriedigung, für nicht fällige Sicherstellung verlangen können (vgl. Art. 733 OR.). Das Verfahren findet seinen Abschluss durch die Anmeldung der beschlossenen Kapitalherabsetzung, die einer Statutenänderung gleichkommt, beim Handelsregisteramt. Dieser Anmeldung, welche die Unterschrift sämtlicher Geschäftsführer tragen muss, sind nach Art. 84 und 90 der Verordnung über das Handelsregister der Beschluss der Gesellschafterversammlung in der Form der öffentlichen Urkunde und der Revisionsbericht beizufügen. Die Urkundsperson hat in der den Beschluss enthaltenden, öffentlichen Urkunde zu bescheinigen, dass die Anmeldefrist abgelaufen ist und die Gläubiger befriedigt und sichergestellt sind. Erst mit der Eintragung im Handelsregister ist die Herabsetzung rechtlich vollzogen (Art. 734 OR.). Allfällige Buchgewinne, die im Herabsetzungsverfahren erzielt wurden, sind für Abschreibungen zu verwenden (vgl. Art. 732, Abs. 4 OR.).

¹¹⁵⁾ *Janggen-Becker*, Komm. GmbH. Art. 788, N. 8.

Die bei der AG. nach Art. 732 OR. mögliche Kombination von Kapitalherabsetzung mit gleichzeitiger, entsprechender Kapitalerhöhung mittels Einzahlung neuen Kapitals ohne Berücksichtigung der speziellen Schutzbestimmungen ist auch für die GmbH. zulässig. Doch findet hier Art. 788 OR. keine Anwendung, da dieses Verfahren keine Änderung des Verhältnisses zu den Gläubigern bewirkt¹¹⁶⁾.

Dem Stammkapital der GmbH. fallen analog dem Grundkapital der AG. sinngemäss folgende vier *Hauptfunktionen* zu¹¹⁷⁾:

1. Das „Gesellschaftskapital“ als Kapitalfonds¹¹⁸⁾

Das Stammkapital bildet in erster Linie einen Kapitalfonds, der von den Gesellschaftern schon bei der Gründung nach Massgabe der Statuten ganz oder teilweise aufzubringen ist. Obschon dieses Gesellschaftskapital an sich nur eine konstante, ideelle Grösse bildet, und als solches von eigentlichen Gesellschaftsvermögen, das ständigen Schwankungen unterworfen ist und mit Hilfe der Bilanz nur periodisch¹¹⁹⁾ ziffernmässig ermittelt wird, juristisch und wirtschaftlich scharf zu trennen ist, so kann es dennoch als der minimale Vermögensstock betrachtet werden, mit dem der Gesetzgeber die GmbH. wie die AG. ausstatten und erhalten will.

Deshalb wurde auch für die GmbH. die Vorschrift aufgestellt, dass ein dem „Gesellschaftskapital“ entsprechender Betrag auf der Passivseite der jeweiligen Jahresbilanz gegengebucht werden muss und nicht als Gewinn verteilt werden darf. Daraus geht klar hervor, dass das Stammkapital nur einen Bestandteil des gesamten Gesellschaftsvermögens ausmacht.

Während die Mitglieder der AG. nur zur Zahlung des übernommenen, nominalen Anteils verpflichtet sind, können die Statuten der GmbH. ausser den ordentlichen Einlagen auf das Stammkapital noch weitere Leistungen der Gesellschafter vorsehen und zwar in Gestalt von sog. Nebenleistungen und Nachschüssen.

¹¹⁶⁾ Janggen-Becker, Komm. GmbH. Art. 788, N. 18.

¹¹⁷⁾ Gegenbauer, 1. Teil, Die materiellen Unterschiede zwischen dem Grundkapital der AG. und dem Stammkapital der GmbH., Seite 21 ff.

¹¹⁸⁾ Wenn von „Gesellschaftskapital“ die Rede ist, so ist darunter das Gesellschaftskapital i. e. S. zu verstehen.

¹¹⁹⁾ Feine, Seite 243.

2. Das „Gesellschaftskapital“ als Kreditfonds

Das Stammkapital bildet zusammen mit dem übrigen Gesellschaftsvermögen — soweit solches überhaupt vorhanden ist — zugleich die wichtigste Grundlage für den Kredit der Gesellschaft. Zur Stärkung und Festigung dieser sich weitgehend dem Aktienrecht anlehnenden Kreditfunktion dienen vor allem die Bilanzierungs- (vgl. Art. 805 in Verbindung mit Art. 662—674 OR.), Kontroll- (vgl. Art. 819 in Verbindung mit Art. 696/7 OR.) und Publizitätsvorschriften (Art. 930/31 OR.). Im Gegensatz zur AG. wird man bei der Kreditgewährung an eine GmbH. indessen nicht nur auf die finanzielle Lage des Unternehmens, sondern wie bei jeder individualistisch gearteten Gesellschaft auch weitgehend auf die Person der für das Gesellschaftskapital haftenden Gesellschafter abstellen. Darin liegt nicht zuletzt der tiefere Grund der Eintragung der Namen der Gesellschafter ins Handelsregister, das allen Interessenten zur Einsichtnahme zugänglich ist. Ausserdem sind auch die Nebenleistungs- und Nachschusspflichten der Mitglieder der GmbH. geeignet, deren Kreditfähigkeit zu erhöhen.

3. Das „Gesellschaftskapital“ als Garantiefonds

Eine bedeutende Funktion hat das Stammkapital der GmbH. analog dem Grundkapital der AG. ausserdem im Interesse der Gläubiger zu erfüllen. Denn dieses „Gesellschaftskapital“ stellt auch die Summe dar, mit dem die Mitglieder für die Verpflichtungen der Gesellschaft aufkommen, bzw. eintreten müssen. Die GmbH., welche gleich der AG. nach Eintragung in das Handelsregister juristische Persönlichkeit erlangt, tritt nach aussen als selbständiges Rechtssubjekt im Sinne von Art. 53 ff. ZGB. auf und haftet daher ihren Gläubigern mit ihrem gesamten Vermögen für die eingegangenen Verbindlichkeiten. Damit berühren wir bereits das Gebiet der Haftung, der bei der GmbH. besondere Bedeutung zukommt, und sich in wesentlichen Punkten von derjenigen der AG. unterscheidet. Ob und wie weit sich dennoch ein aktienrechtlicher Einschlag feststellen lässt, bildet Gegenstand eines besonderen Abschnittes¹²⁰⁾.

Um das Garantiekapital im Interesse der Gesellschaft, ihrer Mitglieder und Gläubiger genau zu statuieren und für den Notfall sicher-

¹²⁰⁾ Siehe Seite 89 f.

zustellen, erlässt der Gesetzgeber besondere Vorschriften, die sich wie folgt zusammenfassen lassen:

- a) den Grundsatz des festen Garantiekapitals. Dessen Höhe und Zusammensetzung ist in einem ziffernmässig ausgedrückten Geldbetrag in Übereinstimmung mit dem Aktienrecht in den Statuten urkundlich festzulegen, im Handelsregister einzutragen und zu veröffentlichen (vgl. Art. 776, 780 und 781 OR.).
- b) den Grundsatz der Bindung des Garantiekapitals, d. h. jede Schmälerung zum Schaden der daran Interessierten durch direkte oder indirekte Rückzahlung ist unzulässig. Darunter fällt insbesondere das strenge Verbot der Verzinsung der Kapitalanteile (vgl. Art. 804, Abs. 2 analog Art. 675 OR.), aber auch jeder anderweitiger Kapitalausschüttung, die nicht durch einen vorschriftsgemäss ausgewiesenen Bilanzgewinn oder als Folge einer Kapitalherabsetzung gerechtfertigt ist. Der Anspruch auf Rückerstattung ungesetzlicher Bezüge der Gesellschafter der GmbH. steht jedoch gleich wie bei der AG. einzig und allein der Gesellschaft zu. Die Gläubiger können natürlich die zuständigen Instanzen (Liquidationsorgane) dazu auffordern und gegebenenfalls dafür verantwortlich machen.
- c) den Grundsatz der Stabilität des Garantiekapitals. In diesen Fällen muss sich die GmbH. einmal an die strengen Bestimmungen über die Statutenänderung (Art. 784 analog Art. 647 OR.), dann aber auch noch an die besondere Verfahrensordnung über die Kapitalerhöhung (Art. 786 in Verbindung mit Art. 650 OR.) und Kapitalherabsetzung (vgl. Art. 788 analog Art. 732/5 OR.) halten.

4. Das „Gesellschaftskapital“ als Grundlage für die Mitgliedschaft

Die Bedeutung des Stammkapitals der GmbH. tritt nach innen und aussen aber vor allem dadurch in Erscheinung, dass mit ihm die allgemeinen Mitgliedschaftsrechte und -pflichten verbunden sind. Es bildet somit das rechtliche Bindeglied zwischen Gesellschaft und Gesellschafter; denn nur wer einen Anteil am Gesellschaftskapital besitzt, kann auch Anspruch auf die Mitgliedschaft bei der AG., bzw. der GmbH. erheben. Danach richtet sich in der Regel auch das Ausmass des Mitgliedschaftsverhältnisses und zwar wächst entsprechend dem Nominalbetrag des Kapitalanteils auch der Mitgliedschaftsanteil.

Während der Aktionär nur die gesetzlichen und statutarischen Leistungen, die sich grundsätzlich auf die Zurverfügungstellung des gezeichneten Kapitalanteils beschränken, erfüllen muss, sind die Pflichten des Gesellschafters der GmbH. mit Rücksicht auf die besonderen Haftungsverhältnisse umfassender. Dagegen stimmen die für die Mitglieder der AG. geltenden Rechte weitgehend mit denjenigen der GmbH. überein. Sie besitzen ebenfalls wohlerworbene, d. h. unentziehbare und dispositive, d. h. veränderliche Rechte, die jedoch bei der GmbH. in grösserem Masse der statutarischen Regelung und den Gesellschaftsbeschlüssen unterliegen. Indessen stehen dem Gesellschafter als wohlerworbene Rechte primär das Mitgliedschaftsrecht zu, ferner als dessen Ausfluss das Stimmrecht, das aktive und passive Wahlrecht zur Bestellung der Gesellschaftsorgane. Zur gleichen Kategorie gehört auch das Anfechtungsrecht. Von finanzieller Art sind das Recht auf Dividende, das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis, sowie das Bezugsrecht bei Kapitalerhöhung und schliesslich das Recht auf Bauzins zu nennen.

b) Wesen und Funktionen der Stammanteile

Während das Stammkapital der GmbH. das Gegenstück zum Grundkapital der AG. darstellt, bildet der Stammanteil oder die Stammeinlage das Korrelat zur Aktie. Nach deutsch-rechtlicher Auffassung¹²¹⁾ — und nach dieser richtet sich mehrheitlich auch das schweiz. Privatrecht¹²²⁾ — müssen sowohl die Aktien, wie auch die Stammeinlagen auf eine Teilsumme des „Gesellschaftskapitals“ lauten. Darunter verstehen wir, wie bereits oben erläutert, den festen, gebundenen Mindestkapitalfonds, den die Mitglieder aufbringen und mit dem sie für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft einstehen müssen. Mit diesem Kapital sind daher von Gesetzes wegen auch alle Mitgliedschaftsrechte verknüpft und zwar so, dass jeder nach Massgabe seines Anteils nicht nur Pflichten übernehmen muss, sondern auch Anteilsrechte erhält.

Zu diesem Zwecke wird das Stammkapital der GmbH. gleich dem Grundkapital der AG. in gleiche oder verschieden hohe Teilsummen zerlegt, die zusammen wieder die Summe des Gesellschaftskapitals ergeben müssen. Laut zwingender Vorschrift sind die einzelnen Teil-

¹²¹⁾ Lehmann, Recht der AG. I, Seite 175/178 und Handelsrecht, Seite 375 und 386, Renaud, Recht der Aktiengesellschaften, Seite 90 f.

¹²²⁾ Huber E., Schweiz. Privatrecht, Basel 1886, I. Bd., Seite 36, „Das schweiz. Privatrecht ist deutsches Privatrecht“.

summen des Stammkapitals der GmbH. in Übereinstimmung mit der AG. in die Satzungen aufzunehmen. Für die Stammeinlage gilt analog der Aktie ein gesetzlich vorgeschriebener Mindestbetrag, der nicht unterschritten werden darf¹²³⁾ (Art. 774 analog Art. 622 OR.). Dieser Betrag ist allerdings für die Aktie und die Stammeinlage verschieden. Während der Nennwert der Aktie im revidierten Obligationenrecht auf minimal 100 Franken angesetzt wurde, muss die Stammeinlage auf mindestens 1000 Franken oder ein Vielfaches davon lauten. Hier stossen wir bereits auf einen grundsätzlichen Unterschied zwischen Aktie und Stammanteil, indem ein Gesellschafter von Gesetzes wegen nur *eine* Stammeinlage besitzen (Art. 774 OR.) und logischerweise nur über *einen* Anteilschein verfügen darf. Dem Aktionär sind in dieser Beziehung keinerlei gesetzliche Schranken auferlegt. Er kann somit eine beliebige Anzahl von Aktien erwerben. Diese haben im Gegensatz zu den Anteilscheinen der Gesellschafter der GmbH., die nur eine beweiskräftige Bescheinigung über den Gesellschaftsanteil darstellen, den Charakter eines Wertpapiers zu eigen und können folglich als solche gehandelt werden¹²⁴⁾.

Aus diesen Erläuterungen erhellt, dass das Wesen der Stammeinlage der GmbH. wenig mit demjenigen der Aktie gemein hat. Dagegen finden sich verschiedene Analogien, die auf einen aktienrechtlichen Einschlag in bezug auf die Leistung der Stammeinlage schliessen lassen. Sowohl das Gesetz, als auch die Literatur enthalten Hinweise, wonach gegen den Gesellschafter der GmbH. bei nicht fristgemässer Leistung des übernommenen Kapitalanteils dieselben Massnahmen eingeleitet werden können wie gegen den in Verzug geratenen Aktionär. Der Gesellschafter kann demzufolge nach Art. 799, Abs. 1 OR. ebenfalls bei nicht rechtzeitiger Leistung zur Bezahlung von Verzugszinsen oder einer Konventionalstrafe verpflichtet werden. Falls diese Sanktion erfolglos bleiben sollte, kann die Gesellschaft die Kaduzierung, d. h. den Ausschluss des betreffenden Mitgliebes anordnen. Das Gesetz der GmbH. folgt hier weitgehend den aktienrechtlichen Bestimmungen. Bevor die Kaduzierung gegenüber dem säumigen Gesellschafter wirksam werden kann, muss dieser mittels eingeschriebenem Brief zweimal zur Zahlung des ausstehenden Betrages binnen einer auf mindestens einen Monat

¹²³⁾ Eine Ausnahme bildet die Sanierung bei der AG., vgl. Art. 692.

¹²⁴⁾ Früher war auch die Aktie nur das, was der Anteilschein der GmbH. heute ist, nämlich eine blosse Beweisurkunde, bzw. nur eine Bescheinigung über den Eintrag im Aktienbuch. Vgl. *Lehmann*, Seite 64 ff.

anzusetzenden Nachfrist aufgefordert werden. Diese Aufforderungen sind empfangsbedürftige Willenserklärungen¹²⁵⁾. Wenn das Mitglied nach der zweiten Aufforderung weiter säumig bleibt, können die Gesellschafter durch einen Beschluss das Mitglied ausschliessen (vgl. Art. 799 OR.). Die Kaduzierung des Geschäftsanteils eines Mitgliedes bewirkt die Auflösung dessen Mitgliedschaft zur Gesellschaft. Es geht gleich dem Aktionär aller Rechte, die auf Grund der Zeichnung und allfälliger Teilzahlungen ihm zugestanden hätten, verlustig. Trotz des Ausschlusses bleibt aber der Gesellschafter für die nicht bezahlten Beträge haftbar (Art. 799 in Anlehnung an Art. 681/2 OR.). Die GmbH. kann sich mit einem abgekürzten Kaduzierungsverfahren begnügen, da ihre Stammanteile, wie bereits erwähnt, keinen Wertpapiercharakter besitzen, sondern nur als Beweisurkunde dienen, während das Aktienrecht in dieser Beziehung strengere Vorschriften aufstellen muss.

Durch den Ausschluss des säumigen Gesellschafters ist indessen auch die GmbH. für den Kapitalverlust nicht gedeckt. Sie muss daher noch über andere Mittel verfügen können, die geeignet sind, den entgangenen Betrag zu ersetzen. Sie bedient sich dabei, gestützt auf Art. 800 OR. eines Verfahrens, das indessen mit dem Aktienrecht nichts gemein hat und in der öffentlichen Versteigerung des Anteils des ausgeschlossenen Gesellschafters besteht, sofern nicht ein anderer Gesellschafter diesen Anteil zum wirklichen Wert zu übernehmen bereit ist.

Abgesehen von dieser dem Charakter der GmbH. zugeschnittenen Sonderregelung können Geschäftsanteile auch durch Abtretung, bzw. Übertragung erworben werden. Das Gesetz schreibt diesbezüglich einen Modus vor, der zum Teil auch bei der Veräusserung von Namensaktien zur Anwendung gelangt. Denn gleich wie die AG. gemäss Art. 685 OR. die Eigentümer der Namensaktien mit Namen und Wohnort in ein Aktienbuch einzutragen hat, ist auch die GmbH. nach Art. 790 OR. verpflichtet, über alle Stammeinlagen ein Anteilbuch zu führen, aus dem die Namen der Gesellschafter, der Betrag der einzelnen Stammeinlagen und die darauf erfolgten Leistungen, sowie jeder Übergang eines Geschäftsanteils und jede anderweitige Änderung dieser Tatsachen ersichtlich sein müssen. Das Anteilbuch der GmbH. enthält somit wesentlich mehr Einzelheiten über die Bewegung der Geschäftsanteile, was vor allem in deren engeren Bindung an die Person des Gesellschafters und den besonders gestalteten Haftungsverhältnissen begründet liegt. Grundsätzlich besteht jedoch Übereinstimmung mit

¹²⁵⁾ Vgl. von Tuhr OR. I, Seite 144.

dem Aktienrecht in der Anordnung, dass die Abtretung, bzw. Übertragung eines Gesellschaftsanteils gegenüber der Gesellschaft erst wirksam wird, wenn er formrichtig im Anteilbuch, bzw. dem Aktienbuch eingetragen worden ist (Art. 791 analog Art. 685, Abs. 4 OR.). Die Übertragung der Namensaktie an den Erwerber kann, ohne anderslautende statutarische Bestimmungen, durch Übergabe des indossierten Aktientitels erfolgen (Art. 684, Abs. 1 und 2 OR.).

Die Erwerbung von Stammeinlagen durch die Gesellschaft selbst ist nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen zulässig; denn wie die AG. nicht wohl ihr eigener Aktionär, so kann die GmbH. nicht ihr eigener Gesellschafter sein. Aber wie im Aktienrecht können auch bei der GmbH. Ausnahmefälle vorkommen. So ist es möglich, dass die GmbH. gegen einen Gesellschafter forderungsberechtigt ist. Steht diese Forderung nicht im Zusammenhang mit dessen Beteiligung am Stammkapital, so bedeutet es unter Umständen für die Gesellschaft und deren Gläubiger einen Vorteil, wenn man ihr gestattet, dessen Gesellschaftsanteil, selbst wenn er nicht restlos einbezahlt ist, zur Befriedigung ihrer Forderung gegen den Gesellschafter zu erwerben oder wenigstens zu deren Sicherung als Pfand anzunehmen (Art. 807, Abs. 1 OR.). Ferner bestehen auch dann keine Bedenken gegen die Erwerbung eines Gesellschaftsanteils durch die GmbH., wenn alle Stammeinlagen voll einbezahlt sind und ausserdem der Erwerbspreis für diesen Gesellschaftsanteil aus dem über das Stammkapital hinaus vorhandenen Gesellschaftsvermögen bezahlt werden kann. Denn unter diesen beiden Voraussetzungen kann von einer Beeinträchtigung der Gläubiger der GmbH. infolge der Erwerbung von Gesellschaftsanteilen durch die Gesellschaft praktisch kaum noch gesprochen werden (Art. 907, Abs. 2 OR.).

Die Zusammenfassung dieses Abschnittes ergibt die Schlussfolgerung, dass Wesen und Funktionen der Stammanteile weitgehend eines aktienrechtlichen Einschlages entbehren und vielmehr von individualistischen Elementen durchdrungen sind, die eine starke Anlehnung an die Personengesellschaften erkennen lassen.

2. Haftung

Die Benennung der GmbH. deutet darauf hin, dass deren Haftungsverhältnisse Gegenstand einer besonderen Regelung bilden und damit

die Struktur und Kreditfähigkeit dieses jüngsten handelsrechtlichen Gesellschaftstyps im schweizerischen Wirtschaftsleben grundlegend beeinflussen. Bei der AG. haftet nur das Gesellschaftsvermögen, dafür ist aber auch das ganze Aktienrecht in seiner straffen Form auf die Sicherung dieses Vermögens angelegt. Der Aktionär ist nur verpflichtet, den von der Gesellschaft bei der Aktienausgabe festgelegten Betrag seiner gezeichneten Teilsumme zu leisten. Zwischen den Gesellschaftsgläubigern und den Aktionären bestehen keine rechtlichen Beziehungen. Bei der Kollektivgesellschaft haben dagegen alle Gesellschafter persönlich für die Gesellschaftsschulden einzustehen, weshalb sich jede gesetzliche Vorsorge zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens erübrigt. Die Gesellschafter sind auf Gedeih und Verderb mit ihrer gemeinsamen Unternehmung verbunden¹²⁶).

Die GmbH. will jedoch ihren Mitgliedern nur eine beschränkte Haftung auferlegen, die sich auf den Betrag des im Handelsregister eingetragenen Stammkapitals begrenzt (vgl. Art. 302, Abs. 1 OR.). Damit ist ein dem schweizerischen Rechtsleben bisher fremder Grundsatz aufgestellt worden. Die Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft erstreckt sich auf das in den Statuten festgelegte Stammkapital, gleichgültig, ob dieses in Geld oder Sachwerten geleistet wird. Massgebend ist die jeweilige Höhe des Stammkapitals. Der schweizerische Gesetzgeber hat hier eine Ordnung der Haftungsverhältnisse gewählt, die als Mittellösung zwischen der persönlichen, unbeschränkten Haftung der Kollektivgesellschaft und der auf das Gesellschaftsvermögen begrenzten Haftung der AG. angesprochen werden kann, und hierbei wiederum speziell der Zweckbestimmung der neuen Gesellschaftsform Rechnung getragen. Da diese Regelung nichts mit dem Aktienrecht gemein hat, gehört es nicht in den Rahmen dieser Abhandlung, darauf näher einzutreten.

Da die GmbH. jedoch nach aussen den Charakter einer Kapitalgesellschaft besitzt, gelten für sie mit Bezug auf die Verantwortlichkeit der bei der Gesellschaftsgründung beteiligten und der mit der Geschäftsführung und der Kontrolle betrauten Personen, sowie der Liquidatoren ausschliesslich die aktienrechtlichen Bestimmungen (Art. 327 OR.). Diese Anlehnung an das Aktienrecht erschien umso berechtigter, als anderswo gemachte, unbefriedigende Erfahrungen und ein mancherorts aufgetretenes Misstrauen gegen die neue Gesellschaftsform für diese Lösung

¹²⁶) Egger, Die GmbH. nach dem rev. OR. in SJZ., 34 Jg., Heft 14, Seite 213.

sprachen¹²⁷⁾. Der bezügliche Gesetzesartikel war übrigens schon in den Entwürfen und Berichten für die Einführung der GmbH. in der Schweiz enthalten und wurde oppositionslos genehmigt.

a) Wesen der Haftung

Im revidierten Obligationenrecht wird die Haftung allein von gewissen Handlungen oder Unterlassungen der Organe abhängig gemacht. Es ist folglich irrelevant, ob und in welchem vertraglichen Verhältnis der Haftende zum Geschädigten steht oder ob ein Vertragsverhältnis vorliegt. Der Anspruch gründet sich unmittelbar auf die gesetzliche Bestimmung. Damit erklärt es sich auch, dass das Gesetz dieselben Ansprüche der Gesellschaft, den einzelnen Gesellschaftern und im wesentlichen den Gläubigern zuerkennt, obwohl ihre Rechtsbeziehungen zum beklagten Organ variieren können. Daraus ergibt sich auch die Festsetzung einer einheitlichen, fünf Jahre laufenden Verjährungsfrist.

Die Haftung setzt stets ein Verschulden voraus. Sie ist gemäss Art. 759 OR. eine solidarische; selbst wenn das Ausmass des Mitverschuldens der Einzelnen nicht ermittelt werden kann, haftet jeder, den ein Verschulden trifft, für den ganzen Schaden¹²⁸⁾. Fraglich ist, ob die Herabsetzungsgründe der Art. 43/44 OR. Platz greifen können¹²⁹⁾. Wer für das Verschulden eines andern eintreten muss, kann sich selbstverständlich nicht zu seiner Entlastung darauf berufen, sein eigenes Verschulden sei ein geringes und müsse nach Art. 43 OR. gewürdigt werden¹³⁰⁾, denn sonst würde der Sinn der Solidarität illusorisch. Dagegen schliesst diese nicht aus, für einen Schuldner gegebenenfalls den Herabsetzungsgrund der drohenden Notlage nach Art. 44, Abs. 2 OR. zur Anwendung zu bringen. Die Milderungsgründe des Art. 44, Abs. 1 OR. (Einwilligung des Geschädigten, Mitverschulden) kommen allen Schuldner bei Feststellung der Gesamtschuld gleichmässig zu gut¹³¹⁾. Es dürfte wohl zu weit gehen¹³²⁾, die Solidarität nur zu bejahen, soweit die Forderungen gegen die Einzelnen sich decken, also lediglich die Einrede der Teilung auszuschliessen. In diesem engen Sinne versteht unser Gesetz den Begriff der solidarischen Haftung im Zweifel nicht.

¹²⁷⁾ *Janggen-Becker*, Komm. GmbH. Art. 827, N. 3.

¹²⁸⁾ Vgl. *Drouets*, Komm. Nr. 324.

¹²⁹⁾ Vgl. dazu *J. und E. Henggeler*, Die zivilrechtl. Verantwortlichkeiten, Seite 58 f.

¹³⁰⁾ Siehe auch BGE 59² 458 und *Oser-Schönenberger*, Komm. Art. 50, Anm. 1, 2.

¹³¹⁾ Vgl. BGE. 61² 235, wegen spekulativen Charakters des Geschäftes.

¹³²⁾ Siehe *J. und E. Henggeler*, Seite 58 f.

b) Arten und Umfang der Haftung

Gestützt auf die Verweisung in Art. 827 OR. auf die aktienrechtlichen Bestimmungen gelten auch für die GmbH. die in Art. 752/761 OR. umschriebenen Haftungsfälle, die im folgenden näher untersucht werden sollen:

1. Prospekthaftung nach Art. 752 OR.

Es steht auch der GmbH. grundsätzlich die Möglichkeit offen, bei der Gründung oder später zwecks Beteiligung am Stammkapital oder bei Ausgabe eines Obligationenanleihe an die Öffentlichkeit zu gelangen und diese zur Zeichnung einzuladen. Mit Bezug auf die Haftung für die in Prospekten, Zirkularen oder Publikationen enthaltenen Mitteilungen gelangen dieselben Grundsätze zur Anwendung, wie sie für die unrichtige Auskunfterteilung gelten.

Ein Anspruch auf Ersatz kann, da die Gesellschaft selbst nicht geschädigt wird, nur dem Obligationär und dem Gesellschafter zustehen; eine Ausdehnung auf andere Kreditgeber kommt nach Art. 752 OR. nicht in Betracht. Der Schaden muss als Folge der Übernahme von Stammanteilen oder Obligationen bei der Gründung oder späterer „Ausgaben“ von Stammanteilen oder Obligationen eingetreten sein. Die Übernahme muss nicht unmittelbar im Zeitpunkt der Gründung oder Emission erfolgt sein. Es genügt, dass damals die Angaben gemacht oder vorbereitet worden sind. Tatbestandsmässig sind sie schon durch Unterzeichnung des Prospektes gemacht. Die Verbreitung hat auch stattgefunden, wenn sie ohne eigene Tätigkeit, aber unter Mitwissen geschehen ist¹³³⁾.

2. Gründerhaftung nach Art. 753 OR.

Während z. B. das französische Gesetz den Gründerbegriff sehr eng fasst und nach früherer, deutscher Ordnung als Gründer nur gilt, „wer die Statuten festgestellt oder Sacheinlagen gemacht hat“, werden nach schweizerischem Recht im Einklang mit dem neuen deutschen Aktiengesetz für gewisse Handlungen nicht nur die eigentlichen Gründer verantwortlich erklärt, sondern auch die an der Gründung in irgend einer Weise mitbeteiligten Personen im weitesten Sinne, z. B. ein Anwalt, eine juristische Person, der Strohmann, der Bevollmächtigte, der

¹³³⁾ Janggen-Becker, Komm. GmbH. Art. 827, N. 7/8.

Handelsregisterführer. Das Gründungsstadium umfasst den Zeitraum von der ersten Vereinbarung bis und mit der Eintragung im Handelsregister. Zum Schutze einer ehrlichen Gründung bestehen zwingende Vorschriften. Wer diese schuldhaft verletzt oder schuldhaft Gründungsverhandlungen begeht, wird haftbar. Die Verantwortlichkeit ist daher auf konkrete, zwar in extensivem Sinne umschriebene Tatbestände begrenzt. Art. 753, Abs. 1 OR. handelt insbesondere von den Verfehlungen bei Sacheinlagen und bei Übernahme von Vermögenswerten, auf welchem Gebiete erfahrungsgemäss die meisten unseriösen Geschäfte festgestellt werden können. Geahndet werden auch die durch Täuschung des Handelsregisterführers erwirkte Eintragung und der sogenannte Zeichnungsschwindel.

3. Haftung aus Geschäftsführung und Kontrolle nach Art. 754, Abs. 1

a) An die Stelle der in Art. 754 OR. als verantwortlich bezeichneten Verwaltung tritt bei der GmbH. die Geschäftsführung und wenn nach den Statuten ein Aufsichtsrat die Geschäftsführung beaufsichtigt, auch dieser. Ob die Geschäftsführer, Gesellschafter oder Dritte sind, spielt keine Rolle (Art. 812, Abs. 2 OR.). Die Geschäftsführung hat ihre Obliegenheiten unter Anwendung aller Sorgfalt und pflichtgetreu zu erledigen. Neben Gesetz, Statuten und Reglementen sind auch die Weisungen der vorgesetzten Organe strikte zu befolgen. Das Gesetz enthält zwar keine ausdrückliche Bestimmungen über das Mass der anzuwendenden Sorgfalt des oder der Geschäftsführer. Doch darf vorausgesetzt werden, dass diesbezüglich ebenfalls die Art. 827 OR. entspringenden und auf das Aktienrecht verweisenden Verantwortlichkeitsgrundsätze gelten. Demzufolge findet logischerweise auch Art. 722, Abs. 1 OR. Anwendung, laut welchem die Verwaltung die Geschäfte der Gesellschaft mit aller Sorgfalt zu leiten hat. Die Übertragung der im Aktienrecht statuierten Sorgfaltspflicht auf das Organ der Willensverwirklichung der GmbH. erscheint umso berechtigter, wenn mit der Geschäftsführung Nichtgesellschafter beauftragt sind. Zudem soll der Geschäftsführer durch verschärfte Sorgfalt gezwungen werden, die der Gesellschaft von dritter Seite anvertrauten Gelder haushälterisch zu verwalten. Namentlich bei einer Rechtsform wie der GmbH., deren Nachteile so masslos übertrieben wurden und deren Einführung in der Schweiz derart bekämpft worden ist, schien es angezeigt, durch einen umfassenden Gläubigerschutz auf diesem Gebiete ein Vertrauensverhältnis zu schaffen. Von diesem Gesichtspunkte aus lässt sich die An-

wendung der aktienrechtlichen Bestimmungen auf die Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers der GmbH. rechtfertigen, wenn auch strukturell keine vollständige Übereinstimmung vorliegt.

Die Gestaltung der Verantwortlichkeit richtet sich nach der Organisation der Geschäftsführung, die eine gemeinsame oder „geteilte“ sein kann. Dabei kommt es ferner darauf an, ob bei gemeinsamer Geschäftsführung die Beschlüsse Einstimmigkeit erfordern oder nach dem Mehrheitsprinzip Gültigkeit erlangen.

Die Geschäftsführung kann von der Verantwortlichkeit durch Entlastung befreit werden. Diese ist in der Regel in der vorbehaltlosen Genehmigung der Jahresrechnung und eines allfälligen Geschäftsberichtes stillschweigend enthalten. Sie kann auch ausdrücklich erklärt werden durch sogenannte Décharge. Sie ist aber keine unbeschränkte, sondern bezieht sich nur auf diejenigen Punkte, die durch die Vorlage des Geschäftsberichtes, der Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung und von mündlichen Angaben bekannt sind.

b) Die mit der Kontrolle beauftragten Personen, die belangt werden können, sind die besonders bestellten, statutenmässigen Revisoren. Falls ein Aufsichtsrat Kontrollfunktionen ausübt, ist dieser ebenfalls im Rahmen der übernommenen Pflichten haftbar. Revisoren oder Treuhandverbände, die zu Kontrollzwecken speziell zugezogen werden, haften nach Mandatsgrundsätzen nur dem Auftraggeber, d. h. der GmbH. und nicht den einzelnen Gesellschaftern und den Gesellschaftsgläubigern¹³⁴).

c) Die Eigenschaft eines Kontrollorgans besitzt auch der Kurator oder Sachverwalter, der im Falle eines Konkursaufschubes nach Art. 725 OR. bestellt werden kann; er hat gleich dem Kommissär des Bankengesetzes die Geschäftsführung der Gesellschaft zu überwachen und das allfällig notwendige Einverständnis zu gewissen Geschäften zu erteilen. Er untersteht als ausserordentliches, gesetzliches Organ denselben Verantwortlichkeitsbestimmungen wie die statutarische Kontrollstelle.

4. Haftung der Liquidatoren nach Art. 754, Abs. 2 OR.

Sie haften gleich wie die Geschäftsführer, sowohl der Gesellschaft als den Gesellschaftern und den Gesellschaftsgläubigern. Die Liquidatoren machen sich ausser durch schuldhafte Verletzung gesetzlicher und

¹³⁴) Vgl. P. Graner; Die Revision, Überwachung und Kontrolle nach revid. OR. und Bankengesetz, Seite 140 f., J. und E. Henggeler: Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten, Seite 33.

statutarischer Pflichten auch verantwortlich durch Nichtbefolgung von Beschlüssen und Weisungen, welche die Gesellschaft durch die zuständigen Organe für sie ergehen liess.

5. Aktivlegitimation und Schaden

a) Aktivlegitimiert sind in den Fällen der Prospekthaftung nur die Obligationäre und die Gesellschafter, die auf Grund des Prospektes der GmbH. beigetreten sind, in den anderen Verantwortlichkeitsfällen (Art. 753 und 754 OR.) die GmbH. selbst, die Gesellschafter und alle Gesellschaftsgläubiger¹³⁵⁾.

b) Der Schaden kann sowohl primärer oder unmittelbarer, als auch sekundärer oder mittelbarer Natur sein¹³⁶⁾. In jenem Falle erleiden ihn beispielsweise die Gesellschafter dadurch, dass die Geschäftsführung der GmbH. die Publizitätsvorschriften nicht befolgt oder die Regeln über die Aufstellung der Bilanz verletzt. Ferner ist es möglich, dass die klagenden Personen wegen unzutreffenden Angaben in den Veröffentlichungen der Gesellschaft oder wegen ihres Vertrauens in die Bilanz Anteilscheine der GmbH. übernommen oder deren Gläubiger geworden sind. Der sekundäre Schaden kann dagegen die Gesellschaft direkt treffen. In diesem Falle entsteht ein unmittelbarer Schaden für die Gesellschafter, deren Gesellschaftsanteil eine wertmässige Schmälerung erfährt, indem jene vielleicht nur eine verminderte oder gar keine Dividende erhalten haben oder bei der Liquidation der Gesellschaft ohne oder mit einem geringeren Liquidationsanteil abgefunden worden sind.

c) Durch einen Entlastungsbeschluss der Gesellschaft geht das Klage-recht des Gesellschafters auf Ersatz des Schadens noch nicht unter. Es besteht jedoch in Anwendung von Art. 757 OR. nicht, wenn der Gesellschafter der Beschlussfassung zugestimmt oder den Anteil seither in Kenntnis der Schlussnahme erworben oder wenn er nicht binnen sechs Monaten seit der Schlussnahme die Klage angehoben hat.

d) Den Gesellschaftsgläubigern steht nach Art. 758 OR. ein Klage-recht nur zu, wenn über die Gesellschaft der Konkurs verhängt worden ist. Da in Art. 758 OR. nur von Gesellschaftsgläubigern im allgemeinen die Rede ist, so dürfte es sich offenbar nur um die allen Gläubigern

¹³⁵⁾ Janggen-Becker, Komm. GmbH. Art. 827, N. 18.

¹³⁶⁾ J. und E. Henggeler, Seite 49, Wieland II, Seite 137, Goldschmidt, Seite 122, BGE. 49 II 245, 59 II 455, 61 II 232.

jeder Art zustehenden Rechte aus Art. 754 und 757 handeln, dagegen nicht das in Art. 752 OR. zugunsten des Obligationärs statuierte Sonderrecht, der durch Täuschung Gläubiger wurde.

e) Befindet sich die GmbH. im Konkurs, so liegt es im Ermessen der Konkursverwaltung, ob die Gründer, die Geschäftsführung, die Kontrollstelle oder die Liquidatoren aus ihrer Verantwortlichkeit in Anspruch genommen werden sollen oder nicht. Bloss bei Verzicht der Konkursverwaltung auf ihr Klagerecht können auch die einzelnen Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger die Zession des Anspruches nach den Bestimmungen des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (Art. 260) verlangen (vgl. Art. 756 OR.). Für die Verteilung des Ergebnisses gelten ebenfalls die Normen dieses Rechtstitels (Art. 756, Abs. 2 OR.).

Mit Bezug auf die rechtliche Natur der Haftung ist der Verteilung der Beweislast, dem Rechtsverhältnis der Solidarität, sowie den Verjährungsfristen der Verantwortlichkeitsansprüche besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Auch hier übernimmt das Gesetz der GmbH. durchwegs die aktienrechtlichen Grundsätze und Regeln (Art. 759/760 OR.). In Übereinstimmung mit Art. 761 OR. kann die Klage gegen alle verantwortlichen Personen beim Richter am Sitze der GmbH. erhoben werden.

VI. DER AKTIENRECHTLICHE EINFLUSS AUF DIE VERMÖGENSRECHTE

Die Zugehörigkeit der GmbH. zu den kapitalistischen Erwerbsgesellschaften tritt wohl nirgends deutlicher in Erscheinung als in der Regelung des Anspruches der Gesellschafter auf das wirtschaftliche und finanzielle Ergebnis. Denn gerade auf diesem Gebiete folgt das Gesetz der GmbH. weitgehend den aktienrechtlichen Normen. Diese Anlehnung kommt nicht bloss bei der Bestimmung der Gewinnanteile und des Liquidates klar zum Ausdruck, sondern äussert sich ebenso augenfällig in der Gewährung von Bauzinsen und der Einräumung von Bezugsrechten. Die nachfolgenden Ausführungen werden hierüber näheren Aufschluss erteilen. An erster Stelle unter den Vermögensrechten steht der Anspruch auf Gewinnanteil.

1. Das Recht auf Gewinnanteil

Art. 804 OR. bestimmt, dass „die Gesellschafter im Verhältnis der auf ihre Anteile einbezahlten Beträge Anspruch auf den nach der Jahresbilanz sich ergebenden Reingewinn haben, unter Vorbehalt anderer statutarischen Anordnungen“.

Ein Vergleich dieses Artikels mit dem entsprechenden Paragraphen der AG. ergibt eine grundsätzliche Übereinstimmung des GmbH.-Gesetzes mit der aktienrechtlichen Regelung, denn nach dem massgeblichen Art. 660 OR. „hat jeder Aktionär Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Reingewinn, soweit dieser nach dem Gesetz und den Statuten zur Verteilung unter die Aktionäre bestimmt ist“. Mit Berechtigung kann aus dieser Analogie die Schlussfolgerung gezogen werden, dass das Recht auf Dividende auch für die Gesellschafter der GmbH. als wohlerworben gilt, obschon das Gesetz keinen diesbezüglichen Hinweis enthält. Es besteht auch kein Zweifel darüber, dass dieses Recht auf Dividende für den Gesellschafter gleich wie für den Aktionär ein Doppelrecht verkörpert, nämlich einerseits ein solches auf

Festsetzung der Dividende, d. h. das Dividendenfestsetzungsrecht und andererseits dasjenige auf Bezug der Dividende, d. h. das Dividendenbezugsrecht.

Der Anspruch auf eine Gewinnquote entsteht jeweils nach Abschluss der Jahresbilanz, bzw. durch den Gesellschaftsbeschluss, der die Dividendenfestsetzung zum Gegenstand hat. Im Gegensatz zum Aktionär erwirbt jedoch der Gesellschafter der GmbH. kein Gläubigerrecht gegenüber der Gesellschaft, da er des Anspruches auf Dividende nach deren Festsetzung bei Feststellung einer Unterbilanz verlustig gehen kann¹³⁷⁾. Die Auszahlung einer Dividende in einem solchen Falle würde der Schmälerung der Substanz des Stammkapitals gleichkommen, was im Widerspruch zu den Grundsätzen der Kapitalerhaltung stünde. Schliesslich müsste ein solches Vorgehen wie ein Bumerang auf die Gesellschafter wirken, indem sie für den Ausfall am Stammkapital haften, d. h. die unzulässigerweise bezogene Dividende zurückerstatten müssen. Daraus folgert, dass das Recht der Gläubiger auf Erhaltung des Stammkapitals stärker ist als das Recht der Mitglieder auf Gewinn.

Für die Gewinnverteilung gelten im Prinzip die gesetzlichen Bestimmungen, wonach jeder Gesellschafter nach Massgabe des einbezahlten Stammkapitals Anspruch auf den nach der Jahresbilanz resultierenden Reingewinn hat (vgl. Art. 804 OR.). Die Anwendung eines anderen Berechnungsverfahrens (z. B. auf Grund des Nennwertes der Stammeinlage) kann billigerweise nicht in Betracht kommen, da bei unterschiedlichen Leistungen daraus Ungerechtigkeiten entstehen müssten.

Der Gesetzgeber hat also auch für die GmbH. die der AG. zugrundeliegende, kapitalistische Gewinnverteilung gewählt. Nach dem Wortlaut des Art. 804, Abs. 1 OR. können indessen die Satzungen eine vom Gesetz abweichende Gewinnverteilung vorsehen. Dagegen kann dem Gesellschafter auch bei einer auf statutarischer Grundlage beruhenden Ordnung der Anspruch auf Gewinnanteil als wohlerworbenes Recht weder entzogen noch geschmälert werden. Dieser Grundsatz lässt sich wiederum aus dem Aktienrecht ableiten, das nach Art. 661 OR. subsidiär eine statutarische Regelung der Berechnung der Gewinnanteile zulässt.

Die Ausschüttung einer Dividende ist an gesetzliche und statutarische Voraussetzungen geknüpft. Die gesetzliche Vorbedingung besteht in erster Linie darin, dass die Jahresbilanz mit einem Gewinn abschliesst

¹³⁷⁾ Vgl. *Feine*, Seite 362.

und Unterbilanzen früherer Jahresabschlüsse gedeckt sind. Dieser Vorbehalt gibt dem Dividendenbezugsrecht einen bedingten Charakter. Die Aufstellung der Jahresbilanz untersteht gemäss Art. 805 OR. den aktienrechtlichen Vorschriften über Bilanz und Reservefonds, wie sie in Art. 662/674 OR. umschrieben sind.

Nach dem revidierten Art. 960 OR. wird die als Grundlage für die Feststellung des Reingewinns dienende Bilanz als Betriebs- oder sogenannte Erfolgsermittlungsbilanz verstanden¹³⁸⁾. Die Berechnung des Gewinnanteils hängt daher vor allem von der Berechnung des Reingewinns auf Grund der Jahresbilanz ab (vgl. Art. 662, Abs. 1 OR.). Von ausschlaggebender Bedeutung auf die Höhe des Reingewinns sind dabei, neben den mehr technischen Bilanzvorschriften, die Bewertungsgrundsätze des Aktienrechts (vgl. Art. 663 ff. OR.), aus welchen deutlich hervorgeht, wie sehr die richtige Berechnung des Gewinnes naturnotwendig von einer richtigen Berechnung der Höhe des Vermögens abhängt¹³⁹⁾. Diese aktienrechtlichen Bewertungsgrundsätze haben wie oben erwähnt, auch Geltung für die Aufstellung der Bilanz der GmbH.

Nach Art. 805 OR. unterliegt nicht nur die Aufstellung der Bilanz, sondern auch die Äufnung der Reservefonds den aktienrechtlichen Bestimmungen. Demzufolge darf nicht der ganze Reingewinn, wie er auf Grund der Jahresbilanz ermittelt und von der Gesellschafterversammlung festgesetzt wurde, als Gewinnanteil unter die Gesellschafter verteilt werden, sondern von diesem „Reingewinn“ sind zunächst die vorgeschriebenen Einlagen in die gesetzlichen und statutarischen Reserve- und andern Fonds“ in Abzug zu bringen (vgl. Art. 674, Abs. 1 OR.). Auch Reserveanlagen, „die im Gesetz und in den Statuten nicht vorgesehen sind oder über deren Anforderungen hinausgehen“, kann die Gesellschafterversammlung beschliessen, allerdings unter der Voraussetzung, dass dieselben mit Rücksicht „auf das dauernde Gedeihen des Unternehmens oder auf die Verteilung einer möglichst gleichmässigen Dividende“ als angezeigt erscheinen (vgl. Art. 674, Abs. 2 OR.). Diese Reserveanlagen sind zu beschliessen „bei der Festsetzung der Dividende“, also auch die Einlagen für diese Reserven müssen vor der definitiven Festsetzung der Dividende durch die Gesellschafterversammlung vom Reingewinn in Abzug gebracht werden, was sich übrigens auch aus dem Verhältnis von Abs. 2 zu Abs. 1 dieses Artikels ergibt. Art. 674, Abs. 3 OR. gilt auch für Beiträge zur „Gründung und

¹³⁸⁾ Graner, rev. OR. und Bankengesetz, Seite 41 f.

¹³⁹⁾ Zimmermann: die Jahresbilanz der AG., Seite 25.

Unterstützung von Wohlfahrtseinrichtungen für Angestellte und Arbeiter des Unternehmens“, sowie für Beiträge „zu andern Wohlfahrtszwecken“, denn sie stehen „unter den Bestimmungen über die statistischen Wohlfahrtsfonds“ (vgl. Art. 674, Abs. 3 OR.).

Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass bei der Berechnung der Dividende aus dem Reingewinn von diesem zunächst die Beiträge in die gesetzlichen und statutarischen Fonds, sowie die Einlagen in die Reserveanlagen und Wohlfahrtseinrichtungen in Abzug zu bringen sind, bevor eine Gewinnverteilung in Betracht gezogen werden kann.

2. Das Recht auf Liquidationsanteil

Neben dem Recht auf Gewinnanteil bildet dasjenige auf den Liquidationsanteil den Hauptinhalt der vermögensrechtlichen Seite. Der Liquidationsanteil zerfällt in das Recht, wie es dem Gesellschafter durch Gesetz oder Statuten zukommt und in den konkreten Anspruch auf seinen Anteil. Der konkrete Anspruch ist abhängig vom objektiven Recht, d. h. ohne bestehendes Recht kann auch nie ein Anspruch entstehen. Umgekehrt lässt ein bestehendes Recht nicht unbedingt auch einen Anspruch entstehen, nämlich dann nicht, wenn das Liquidationsergebnis gleich null ist oder negativ ausfällt. Das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis entsteht nach den aktienrechtlichen Bestimmungen von Gesetzes wegen. Nach Art. 745, Abs. 1 OR. geht die gesetzliche Regelung dahin, dass jedes Mitglied nach Massgabe des auf seinen Gesellschaftsanteil einbezahlten Betrages Anspruch am verbleibenden Gesellschaftsvermögen habe. Die gesetzliche Regelung gilt jedoch nur, wenn die Statuten keine andere Verteilung des Liquidationsergebnisses vorsehen. Bei der Verteilung wird keine Rücksicht darauf genommen, ob das betreffende Mitglied mit einer Bar- oder Sacheinlage am Kapital beteiligt war. Folglich hat der Geldgeber auch keinen Anspruch auf Barauszahlung, der Sacheinleger ebensowenig auf Rückgabe seiner Naturaleinlage oder des daraus resultierenden Erlöses. Mit der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister sind sämtliche Bar- und Sacheinlagen Eigentum der Gesellschaft geworden. Die Einleger haben damit jegliches Verfügungsrecht über ihre Einlagen verloren. Nach Auflösung der Gesellschaft unterliegen sie deshalb der Aufteilung unter alle, ohne Rücksicht auf ihre Herkunft. Für die Verteilung ist nicht notwendig, dass noch ausstehende Beträge auf die Gesellschaftsanteile

eingefordert werden, sofern sie nicht zur Deckung von Schulden der Gesellschaft erforderlich sind. Da die Verteilung des Liquidationsergebnisses nach Massgabe der einbezahlten Beträge auf die Gesellschaftsanteile vorgenommen wird, erhalten diejenigen, welche mit ihren Zahlungen im Rückstand sind, eine kleinere Quote.

Der gesetzliche Verteilungsmodus kann nun, wie schon oben angedeutet, durch die Statuten abgeändert werden (vgl. Art. 745, Abs. 1 OR.). So kann u. a. das Verhältnis der Verteilung anders gewählt werden. Ferner ist die Bestimmung möglich, dass die Bareinleger Geld, die Sacheinleger ihre Sacheinlage oder deren Erlös zurückerhalten und ein allfälliger Überschuss auf sämtliche Gesellschafter gleichmässig verteilt werden muss. Die Verteilung kann auch auf Grund der Nebenleistungen vorgenommen werden. Ferner kann ein Unternehmer, welcher bei der Gründung der GmbH. sein Geschäft mit Aktiven und Passiven als Sacheinlage eingebracht hat, dieses bei einer Liquidation wieder zurückerhalten.

Es erhebt sich nun die Frage, wann für jeden einzelnen Gesellschafter der konkrete Anspruch auf seinen Liquidationsanteil entsteht. Der Zeitpunkt der Entstehung entspricht nicht etwa schon der Eintragung „in Liquidation“ im Handelsregister, denn in diesem Moment ist noch keine Bilanz aufgestellt, die Schulden sind noch nicht getilgt, die Guthaben konnten noch nicht alle eingetrieben werden, usw. Dieser Zeitpunkt ist also lediglich eine der Bedingungen, dass der konkrete Anspruch überhaupt entstehen kann, m. a. W. er rückt seine Entstehung zeitlich näher¹⁴⁰⁾. Für den Zeitpunkt der Entstehung kann einzig derjenige Moment in Frage kommen, in dem das zu verteilende Ergebnis endgültig und unanfechtbar feststeht, so dass die konkreten Ansprüche der einzelnen Gesellschafter ohne weiteres genau ermittelt werden können¹⁴¹⁾. Es ist also nicht nötig, dass die zur Verteilung gelangenden Quoten durch einen besonderen Beschluss festgelegt werden, sondern es genügt, dass die einzelnen Anteile der Mitglieder ohne jegliche Schwierigkeiten in Geld errechenbar sind.

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die wichtige Frage, ob das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis ein sogenanntes wohlerworbenes Recht im Sinne von Art. 646 OR. darstellt. Art. 823 OR. verweist für die Liquidation einer GmbH. auf die Bestimmungen, welche

¹⁴⁰⁾ Vgl. *Fischer*, Seite 411.

¹⁴¹⁾ Vgl. im deutschen Recht: *Hachenburg* Komm. § 72, Anm. 1, *Feine*, Seite 658, *K. Lehmann*, Seite 558 f., Seite 593 und *Scholz*, § 72, Anm. I. 2.

für die Aktiengesellschaften Geltung haben. Für diese Gesellschaftsform findet sich die Lösung gleich im Gesetz, indem es bestimmt, dass das Recht auf einen Anteil am Liquidationsergebnis ein wohlerworbenes Recht darstelle (vgl. Art. 646, Abs. 3 OR.). Hieraus darf jedoch nicht ohne weiteres die Annahme abgeleitet werden, dass dasselbe Prinzip auch für die GmbH. Geltung habe; denn diese Bestimmung steht ausserhalb der Regelung der Liquidation, für die das Gesetz auf die einschlägigen Normen des Aktienrechtes verweist (vgl. Art. 823 in Verbindung mit Art. 738—747 OR.). Dieser Hinweis auf das Recht der AG. bezieht sich hauptsächlich auf die formelle Seite der Liquidation und nicht auf das materielle Recht.

Im Bereiche der AG. scheint Art. 745, Abs. 1 OR. in einem gewissen Widerspruch zu Art. 646, Abs. 3 OR. zu stehen. Nach dem Wortlaut des Abs. 1 von Art. 745 OR. liegt die Vermutung nahe, dass die Statuten einzelne Aktionäre von der Beteiligung am Liquidationsergebnis ausschliessen können. Dies kann jedoch kaum die Absicht des Gesetzgebers sein. Zur Auslegung des Abs. 1 von Art. 745 OR. ist deshalb Art. 646 OR. heranzuziehen und folgendermassen auszulegen: die Statuten einer AG. können lediglich den gesetzlichen Verteilungsmodus abändern, jedoch auf keinen Fall einen Aktionär vom Liquidationsergebnis ausschliessen. Auf diese Weise ist der scheinbare Widerspruch behoben.

Da im Recht der AG. eine richtige Interpretierung von Art. 745, Abs. 1 OR. nur unter Heranziehung von Art. 646 OR. möglich ist, darf auch für die GmbH. Art. 745 nicht anders ausgelegt werden. Das Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis ist also auch bei der GmbH. ein wohlerworbenes Recht. Dafür sprechen im weitem noch folgende Gründe: Analog zu Art. 804 OR. wird auch die Verteilung des Liquidationsergebnisses nach kapitalistischen Grundsätzen vorgenommen. Ferner darf nicht ausser acht gelassen werden, dass die Mitglieder einer GmbH. zueinander in einem besonderen Haftungsverhältnis stehen, während die Aktionäre nur für den gezeichneten Betrag aufkommen müssen. Es ist ein Gebot der Billigkeit, dem Gesellschafter der GmbH. als Gegenstück zu seiner strengen Haftung ein wohlerworbenes Recht auf Anteil am Liquidationsergebnis zuzuerkennen, das dem Aktionär ohne die erwähnte Hypothek zusteht.

Was die Verteilung des Liquidationserlöses selbst betrifft, so hat die GmbH. nach Art. 745, Abs. 2 OR. analog der AG. das Sperrjahr zu beachten, d. h. die Verteilung darf frühestens ein Jahr vom Tage des

dritten Schuldnerufes an gerechnet, vorgenommen werden. Auf Gesuch hin kann diese Frist vom Richter gekürzt werden (vgl. Art. 745, Abs. 3 OR.).

3. Die Bauzinse

Art. 804, Abs. 2 OR. enthält die zwingende Norm, dass auf das Stammkapital keine Zinse bezahlt werden dürfen; eine Ausnahme bilden die Bauzinse, deren Auszahlung in Übereinstimmung mit Art. 676 OR. für die Zeit, welche Vorbereitung und Bau des Unternehmens bis zum Beginn des vollen Betriebes erfordern, zulässig ist.

Das Verbot der Zinszahlung erklärt sich aus dem schon wiederholt angeführten Prinzip der Erhaltung des Stammkapitals; denn mangels eines gesetzlichen Zinsverbotes könnte der Fall eintreten, dass bei einer Unterbilanz die Zinse aus dem Stammkapital bestritten werden müssten. Aus der zwingenden Natur des Zinsverbotes ergibt sich, dass es weder durch eine besondere Bestimmung in den Statuten noch durch Gesellschaftsbeschluss umgangen werden darf. Solche Bestimmungen sind als nichtig zu betrachten. Wird das Wort „Zinse“ in den Statuten verwendet, so ist stets darauf zu achten, ob es sich wirklich auch um Zinse im Rechtssinn handelt. Die statutarische Vorschrift, dass „Zinse auf das Stammkapital bezahlt werden, wenn das betreffende Geschäftsjahr mit Gewinn abschliesst“, ist gültig, denn es handelt sich hier nicht um Zinse im Rechtssinn, sondern bloss um eine missverständliche Angabe der Gewinnverteilung. Immerhin sollte darauf Bedacht genommen werden, solche irreführende Formulierungen in den Statuten nach Möglichkeit zu vermeiden.

Nach den Vorentwürfen war auch die Ausrichtung von Bauzinsen in der GmbH. verboten. Dieses Verbot wurde dann aber durch die Redaktionskommission aufgehoben¹⁴²⁾, so dass Bauzinse nach den für das Aktienrecht bestehenden Bestimmungen zulässig sind. Das Verbot wurde aus der Überlegung, dass viele Gesellschafter aus dem zu erwartenden Gewinnanteil teilweise ihren Lebensunterhalt bestreiten, fallen gelassen; da eine Dividendenausschüttung bei Unternehmen, die eine längere Bauzeit bedingen (z. B. Elektrizitätswerke), in den ersten Jahren in der Regel ausgeschlossen ist, können den Gesellschaftern in den Statuten Bauzinse zugesichert werden.

Die Auszahlung von Bauzinsen kann jedoch in dem Augenblick zu Schwierigkeiten führen, da die GmbH. mit einer Unterbilanz abschliesst.

¹⁴²⁾ Vgl. Protokoll, Seite 524.

Es stellt sich die berechnigte Frage, ob dann noch Bauzinse ausgerichtet werden dürfen. Tatsächlich wird das Prinzip der Erhaltung des Stammkapitals jedesmal verletzt, wenn die GmbH. eine Unterbilanz aufweist und Bauzinse zu Lasten des Stammkapitals bezahlt werden. Die Ausrichtung von Bauzinsen wurde vor allem für den Fall einer längern Bauperiode zugelassen, während welcher die Gesellschaft ohne Gewinn abschliessen wird. Der Gesetzgeber musste sich demnach bewusst sein, dass solche Gesellschaften meistens sogar mit einem Verlust abschliessen werden. Mit der Zulassung von Bauzinsen schuf er daher eine Regelung, die für jeden Fall Geltung haben soll. Aus diesem Grunde ist auch dem Gesetz der GmbH., ebenso wenig wie dem Aktienrecht, irgendeine einschränkende Bestimmung in dieser Hinsicht zu entnehmen.

Auf Grund dieser Darlegungen kann also angenommen werden, dass das Recht auf Bauzinse das stärkere sei, folglich dem Prinzip der Erhaltung des Stammkapitals vorangeht. Damit wird der oberste Grundsatz der GmbH. durchbrochen; denn indem sich das Recht auf Bauzinse als das stärkere erweist, kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die Gesellschafter der GmbH. für eine aus diesem Grunde entstehende Schmälerung des Stammkapitals nicht haften müssen.

4. Das Bezugsrecht

Nach Art. 787 OR. ist jeder Gesellschafter der GmbH. berechnigt, eine seinem bisherigen Anteil entsprechende Erhöhung seiner Einlage zu beanspruchen, soweit nicht die Statuten oder der Gesellschaftsbeschluss über die Erhöhung des Stammkapitals etwas anderes bestimmen.

Dieses fast wörtlich in Übereinstimmung mit dem in Art. 652 OR. für die AG. statuierte Bezugsrecht der Gesellschafter der GmbH. wurde in der Expertenkommission beschlossen¹⁴³). Danach hat der Gesellschafter im Gegensatz z. B. zum deutschen Recht¹⁴⁴) ein gesetzliches Bezugsrecht im Verhältnis seines Anteils am bisherigen Stammkapital. Er hat aber keine Bezugspflicht.

Diese Bestimmung ist dispositives Recht. Das Bezugsrecht kann durch die Statuten ausgeschlossen, anders geregelt oder nur unter gewissen

¹⁴³) Exp. Komm. Seite 528 ff.

¹⁴⁴) Vgl. *Baumbach*, Komm. § 55, Anm. 3.

Bedingungen zugelassen werden. Es verkörpert somit kein wohlerworbenes Recht, denn selbst wenn die Statuten nichts bestimmt haben, kann es noch im Erhöhungsbeschluss aufgehoben oder von andern als den gesetzlichen Bestimmungen abhängig gemacht werden. Das Bezugsrecht bemisst sich wie bei der AG. nach der Höhe der bereits vorhandenen Gesellschaftsanteile.

Enthalten die Statuten besondere Bestimmungen über das Bezugsrecht, so ist vorerst zu prüfen, ob damit Sonderrechte begründet werden sollen. Dies dürfte regelmässig der Fall sein, wenn das Bezugsrecht nur einer bestimmten Gruppe von Gesellschaftern zugestanden wurde, besonders wenn es als Entgelt besonderer Leistungen oder für früher der Gesellschaft gebrachte Opfer erscheint.

Das Gesetz ermöglicht durch den Vorbehalt einer anderweitigen statutarischen Regelung auch bei der GmbH. die Rücksichtnahme auf besondere Verhältnisse, für welche die gesetzliche Ordnung nicht entsprechen würde. Die Statuten können indessen nicht im voraus alle vorkommenden Fälle berücksichtigen, so dass in der Regel lediglich eine Bestimmung aufgenommen wird, wonach das Bezugsrecht der Gesellschafter im Erhöhungsbeschluss ganz oder teilweise von Bedingungen abhängig gemacht werden kann, welche die Gesellschaft zu statuieren hat.

SCHLUSSBETRACHTUNGEN

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Mischtypus zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft

In der vorliegenden Abhandlung ist der Versuch unternommen worden, den aktienrechtlichen Einfluss in den einzelnen Elementen der GmbH. herauszuschälen. Die eingehende Analyse führt zum Ergebnis, dass der schweizerische Gesetzgeber diesem Rechtsgebilde eine Form verliehen hat, die sich als gelungene Mischung des individualistischen und kapitalistischen Gesellschaftstyps auszeichnet. Im schweizerischen Recht gilt die GmbH. als eine abgewandelte Kollektivgesellschaft, während sie nach deutschem und österreichischem Recht als eine umgestaltete Aktiengesellschaft angesprochen werden kann¹⁴⁵). Innerhalb des Rahmens, der auf der einen Seite durch die Kollektivgesellschaft (offene Handelsgesellschaft in Deutschland) und auf der anderen durch die AG. begrenzt ist, besteht ein breiter Raum, in welchen die vielfältigsten Zwischenformen gestellt werden können. Die Verschiedenheit der Gesetzgebung zwischen den einzelnen Ländern, welche die GmbH. im Verlaufe dieses Jahrhunderts eingeführt haben, gibt ein eindruckliches Bild der mannigfachen Anwendungsmöglichkeit dieses Gesellschaftstyps.

Während beispielsweise Bulgarien die im Jahre 1924 eingeführte GmbH. (wie die Schweiz) generell für wirtschaftliche Zwecke zugelassen hat, beschränkte der italienische Gesetzesentwurf diese Gesellschaftsform auf Handelsunternehmungen. Das französische Recht wiederum verlangt für die „société à responsabilité limitée“ Volleinzahlung und eine solidarische, persönliche Haftung der Gesellschafter Dritten gegenüber für Sacheinlagen, die überwertet sind¹⁴⁶).

Was die schweizerische GmbH. anbelangt, kann in knapper Zusammenfassung darauf hingewiesen werden, dass sich das Gesetz auf einige

¹⁴⁵) A. Egger in S. J. Z., 34. Jg., Seite 193.

¹⁴⁶) F. Hefti, Seite 7.

zwingende Vorschriften zum Schutze der Gesellschafter und der Gläubiger beschränkt. Im übrigen ist aber der Gestaltung des Gesellschaftsstatuts viel Raum gelassen, um die Gesellschaft den verschiedensten, individuellen Bedürfnissen anpassen zu können. Dazu gehört unter anderem die Möglichkeit, die Gesellschafter zu Nachschüssen über die Stammeinlagen hinaus zu verpflichten, mit der Einschränkung jedoch, dass diese Nachschüsse nur zur Deckung von Bilanzverlusten verwendet werden dürfen (Art. 803, Abs. 1 OR.). Der Gesetzgeber wollte aber damit vom Grundsatz der beschränkten Haftung nicht abweichen und machte die Gültigkeit von solchen Bestimmungen von der weiteren Bedingung abhängig, dass die Nachschusspflicht in ihrer Höhe absolut und im Verhältnis zum Stammkapital in den Statuten begrenzt wird (Art. 803, Abs. 2 OR.).

In Übereinstimmung mit der AG. ist die GmbH. eine Körperschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit und mit einem durch die Einlagen der Gesellschafter begründeten Stammkapital. In Abweichung zur AG. sind jedoch alle Gesellschafter zur gemeinsamen Geschäftsführung und Vertretung berechtigt, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen (Art. 811, Abs. 1 OR.).

Unterschiedlich zu den ausländischen Gesetzen der GmbH. und in Anlehnung an die Bestimmungen über die Kollektivgesellschaft sind die Haftungsverhältnisse der Gesellschafter geordnet. Jeder Gesellschafter haftet solidarisch mit seinem ganzen Vermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft bis zur Höhe des eingetragenen Stammkapitals. Es besteht nicht nur eine interne Haftung gegenüber der Gesellschaft wie im deutschen Recht, sondern eine direkte Haftung gegenüber den Gläubigern. Jeder Gesellschafter haftet nicht nur für seine Einlage, sondern subsidiär auch für die Einlagen der Mitgesellschafter (Art. 802, Abs. 1 OR.). Er wird jedoch in dem Masse von dieser Haftung befreit, als das Stammkapital schon eingeworfen worden ist (Art. 802, Abs. 2 OR.). Gleich wie bei der Kollektivgesellschaft ist die Haftung eine subsidiäre, d. h. der Gesellschafter kann für die Gesellschaftsschulden erst dann persönlich belangt werden, wenn die Gesellschaft aufgelöst oder erfolglos betrieben wurde, oder wenn er selbst in Konkurs geraten ist (Art. 802, Abs. 1, sowie Art. 568, Abs. 3 OR.).

Ein weiteres wichtiges Merkmal, welches die persönliche Stellung des Gesellschafters der GmbH. charakterisiert, besteht in der erschwerten Transferierung der Stammanteile. Deren Abtretung ist nur rechtsgültig, wenn sie der Gesellschaft gemeldet und in ein von ihr zu führendes

Anteilbuch eingetragen wurde. Dazu bedarf es der Einwilligung von drei Vierteln sämtlicher Gesellschafter, die zugleich mindestens $\frac{3}{4}$ des Stammkapitals auf sich vereinigen. Weitere erschwerende Bestimmungen können durch die Statuten vorgeschrieben werden. Die Abtretung eines Gesellschaftsanteils, sowie die Verpflichtung zur Abtretung bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 791, Abs. 4 OR.).

Diese knappen Hinweise auf einige grundlegende Artikel versinnbildlichen die GmbH. als eine Unternehmungsform, welche die enge Verbundenheit der Gesellschafter mit dem Unternehmen verkörpert. Diese Gesellschaftsform wird sich überall da bewähren, wo die Kapitalgeber einen massgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung auszuüben wünschen. Deshalb werden sich vorzugsweise kleine und mittlere Unternehmen der GmbH. bedienen, sei es, dass sie im Hinblick auf die unbeschränkte Haftung die riskantere Kollektivgesellschaft aufgeben oder wegen der kostspieligeren Gründungsformalitäten und umständlicheren und strengeren Organisation auf die AG. verzichten. Es ist deshalb naheliegend, dass insbesondere Familienunternehmungen, denen aus den vorgenannten Gründen weder der eine noch der andere der beiden Gesellschaftstypen zusagt, vorzugsweise die Form der GmbH. wählen werden. Prof. A. Egger¹⁴⁷⁾ bezeichnete die GmbH. denn auch zutreffend als eine „Organisationsform, von der sich wohl sagen lässt, dass sie Vorzüge der Kollektivgesellschaft und der Aktiengesellschaft miteinander verbindet“.

Sehr augenfällig kommt die Mittelstellung der GmbH. zwischen der personalistischen und kapitalistischen Gesellschaftsform auch in den zahlreichen Merkmalen zum Ausdruck, in welchen sie sich sowohl vom einen, als auch vom andern Typ klar unterscheidet. Diese Merkmale lassen sich wie folgt katalogisieren:¹⁴⁸⁾

1. Unterschiede gegenüber der AG.:

- a) Der Aktionär haftet nur für den Übernahmebetrag der Aktie, der Gesellschafter der GmbH. neben dem Betrag der übernommenen Stammeinlage noch für Nachschüsse und Nebenleistungen und eventuell für die Einlageverpflichtungen der Mitgesellschafter.

¹⁴⁷⁾ Vgl. S. J. Z., Jg. 34, Seite 215.

¹⁴⁸⁾ Janggen-Becker, Komm. GmbH. zu Art. 772.

- b) Der Gläubiger kann den Aktionär persönlich nicht belangen, wohl aber unter gewissen Voraussetzungen den Gesellschafter der GmbH.
- c) Die Aktie hat Wertpapiercharakter, die Urkunde über den Gesellschaftsanteil der GmbH. nicht.
- d) Die Aktie ist, wenn die Statuten nichts anderes bestimmen, negotiabel und leicht übertragbar, der Gesellschaftsanteil der GmbH. ist es nicht.
- e) Die Aktie ist unteilbar, der Gesellschaftsanteil der GmbH. ist teilbar.
- f) Bei der AG. sind Grundkapital und Anzahl der Aktionäre nach oben nicht beschränkt, dagegen ist es das Stammkapital der GmbH.
- g) Die AG. muss einen Verwaltungsrat und eine Kontrollstelle haben, die GmbH. hat von Gesetzes wegen keinen Verwaltungsrat und nur in bestimmten Fällen eine Kontrollstelle.
- h) Bei der AG. kann jeder Geschäftsführer jederzeit abberufen werden, bei der GmbH. nicht.
- i) Die im Interesse der Gläubiger aufgestellten Sicherungsmassnahmen sind bei der GmbH. ausgedehnter als bei der AG.
- k) Der Gesellschafter der GmbH. kann die Auflösung der Gesellschaft verlangen und kann selbst ausgeschlossen werden, der Aktionär dagegen nicht.

2. Unterschiede gegenüber der Kollektivgesellschaft:

- a) Die GmbH. hat eigene Rechtspersönlichkeit, die Kollektivgesellschaft nicht.
- b) Bei der GmbH. haften die Gesellschafter nur eventuell und in beschränktem Umfange für die Schulden der Gesellschaft, bei der Kollektivgesellschaft für alle Gesellschaftsschulden unbeschränkt mit ihrem ganzen Vermögen.
- c) Bei der Kollektivgesellschaft verlangt der Eintritt neuer Gesellschafter Einstimmigkeit, bei der GmbH. bloss qualifizierte Mehrheit.
- d) Der Tod eines Gesellschafters hebt in der Regel die Kollektivgesellschaft auf, nicht aber die GmbH. Die Kollektivgesellschaft wird durch Kündigung eines Gesellschafters aufgelöst, ebenso durch dessen Konkurs, nicht aber die GmbH.

- e) Der innere Aufbau der Kollektivgesellschaft ist mehr persönlicher Art als derjenige der GmbH.
- f) Die für die GmbH. aufgestellten Sicherungsbedingungen bestehen für die Kollektivgesellschaft nicht.

Obschon nach dieser Aufzählung die unterschiedlichen Merkmale der GmbH. gegenüber der AG. diejenigen gegenüber der Kollektivgesellschaft überwiegen, und folglich die wesensverwandten Züge mit der Personalgesellschaft vorzuherrschen scheinen, lässt sich in zahlreichen Punkten ebensowenig eine Anlehnung der GmbH. an das Aktienrecht verleugnen.

